

LA PROBLEMÁTICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA DENTRO DE LA
RESPONSABILIDAD MEDICA Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL POR
PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CAROLINA ANDREA SERNA HENAO
ANDRES ESPINAL HERRERA

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLIN
2010

LA PROBLEMÁTICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA DENTRO DE LA
RESPONSABILIDAD MEDICA Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL POR
PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CAROLINA ANDREA SERNA HENAO

ANDRES ESPINAL HERRERA

Tesis de grado

Asesor

Elías Román Castaño Pineda

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLIN

2010

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN

1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA ACTIVIDAD MEDICA

1.1 LA ACTIVIDAD MEDICA.

1.2 EL ACTO MÉDICO.

1.3 EL DERECHO MÉDICO COLOMBIANO.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL EJERCICIO MÉDICO

2.1 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

2.1.1 El hecho

2.1.2 El daño

2.1.2.1 Daños patrimoniales, extrapatrimoniales y fisiológicos

2.2.2.2 Daños ciertos e inciertos

2.1.3 La culpa

2.1.3.1 Formas que reviste la culpa

2.1.3.1.1 La impericia

2.1.3.1.2 La imprudencia

2.1.3.1.3 La negligencia

2.1.3.1.4 Violación de reglamentos

2.1.3.2 Graduación de la culpa

2.1.3.3 Culpa probada y culpa presunta.

2.1.4 Vinculo de causalidad.

2.1.4.1 Hecho positivo y negativo

2.1.4.2 Nexo causal directo.

3. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA

3.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL MEDICO

3.1.2 Contrato medico.

3.1.2.1 Características del contrato medico.

3.1.1.2 Naturaleza del contrato medico

3.1.1.3 Elementos del contrato medico

3.1.1.4 Requisitos de validez del contrato medico

- 3.1.1.4.1 Capacidad
- 3.1.1.4.2 Consentimiento exento de vicios
 - 3.1.1.4.2.1 Elementos y alcance de la información
 - 3.1.1.4.2.2 Contenido de la información
 - 3.1.1.4.2.3 Consentimiento diferido
- 3.1.1.4.3 Objeto licito
- 3.1.1.4.4 Causa licita
- 3.1.1.5 Partes del contrato medico
 - 3.1.1.5.1 Derechos y obligaciones de las partes

3.2 RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL

3.3 RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES DE SALUD

- 3.3.1 de las instituciones prestadoras de salud I.P.S

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD

4.1 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

- 4.1.1 Falla del servicio médico.
- 4.1.2 Falla funcional del servicio.
- 4.1.3 El daño.
- 4.1.4 Relación causal entre la falla en el servicio y el daño

5. OBLIGACIONES DE MEDIO VS OBLIGACIONES DE RESULTADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

5.1 OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN LA MEDICINA

6. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

6.1 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

6.2 RESPONSABILIDAD OBJETIVA

6.3 APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA EN EL CAMPO MEDICO

- 6.3.1 Evolución jurisprudencial
- 6.3.2 Posición doctrinaria

7. CARGA DE LA PRUEBA

7.1 CARGA DE LA PRUEBA- POSTULADO UNIVERSAL DEL RÉGIMEN PROBATORIO.

7.2 TEORÍA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

7.3 CARACTERÍSTICAS Y ASPECTOS A TENER EN CUENTA A LA NOCIÓN CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

7.4 GRÁFICOS QUE EXPLICAN LA CARGA DE LA PRUEBA

7.5 LA PRUEBA DE LA CULPA MÉDICA.

7.5.1 Derecho comparado

9. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA

10. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA

CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El ejercicio de la medicina en Colombia está sujeto, como las demás actividades y conductas, a una serie de normas que pretenden asegurar su correcto desempeño y proteger los valores de la comunidad.

La máxima norma del Estado es la Constitución Política, a la cual se deben adecuar todas las demás disposiciones ya sean leyes, decretos o resoluciones, etcétera, que integran el ordenamiento jurídico. A partir de la Constitución se desarrollan y agrupan por materias una serie de normas, constituyendo las diferentes ramas del derecho; cada una de las cuales tiene sus propios principios, procesos, sanciones y jueces.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 95 consagra la responsabilidad al expresar que el ejercicio de las libertades y derechos implican responsabilidades; que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes y a respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

También encontramos el artículo 2134 del código civil colombiano el cual nos señala que " 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"¹, consagrando así el principio general de responsabilidad civil.

Estas normas son aplicables a todas las actividades, cargo u oficio y también a las profesiones liberales, de acuerdo al principio de igualdad de las personas ante la ley.

Aquí encontramos que el médico en el ejercicio de su profesión, está obligado como los demás ciudadanos, a cumplir una serie de normas y obligaciones, y su conducta puede llegar a generar responsabilidades, entre otras, de tipo civil.

El tema de la responsabilidad civil medica en Colombia es una de las ramas del derecho que mas avance ha experimentado en los últimos años por la continua exposición de las víctimas, y el desarrollo de la ciencia, así como por las acciones que se proponen continuamente en los estrados judiciales. De igual forma, en el medio jurídico colombiano, hay un gran desconocimiento de la responsabilidad civil médica, y más aún sobre lo que a materia de prueba se refiere, y lo único que se menciona aisladamente es que la obligación de éste profesional se encuadra, al igual que la del abogado, en las llamadas obligaciones de prudencia o de medio.

¹ TAFUR GALVIS, Álvaro. comp. Código Civil, Artículo 2341, sexta edición. Editorial lever, pág. 444.

Teniendo en cuenta la consagración legal de la responsabilidad civil médica, se han proferido algunos pronunciamientos jurisprudenciales tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, referidos al tratamiento probatorio que se debe tener en cuenta en los casos en los cuales se comprometa la responsabilidad del galeno.

A través de la siguiente tesis esperamos poder dar una visión lo más cercana posible acerca de cómo se ha manejado la prueba en materia de responsabilidad civil en lo que a prestación de servicios de salud se refiere, la cual diariamente ocupa mayor importancia en el accionar de las entidades y de los profesionales de la salud, así como a nivel de los conflictos judiciales.

1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE ACTIVIDAD MÉDICA

1.1 LA ACTIVIDAD MÉDICA

Haciendo un análisis sobre la actividad médica la primera aproximación al concepto de la ciencia médica es aquella que se presenta en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, el cual expone que la medicina es la ciencia y el arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano.

Si pasamos al plano legal, encontramos que el artículo 1° de la Ley de Ética Médica define la medicina en los siguientes términos: “La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual; por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.”²

Ya en la doctrina se han propuesto un sinnúmero de hipótesis referentes al concepto de medicina. Para unos debe entenderse como un arte, puesto que su finalidad, aparte de ser la curación o preservación de la salud, también incluía en la antigua Grecia, la conservación y mantenimiento de la belleza, lo que constituye a esta actividad en un arte.

Para otros, debe ser considerado ciencia, pues...”ella responde a un conjunto de conocimientos organizados, sistemáticos y ciertos, conocimientos científicos que se rigen por métodos de investigación rigurosos, dejando para desempeñar el papel de arte solamente a algunos casos de la práctica médica, como la clínica”.³

En nuestro pensar, podríamos llegar a sostener que la medicina comporta un poco de cada uno de estos elementos, tanto ciencia como arte, dada su finalidad de preservación de la salud, y arte, en cuanto a las aptitudes que el médico debe desarrollar en el ejercicio de su profesión.

Es por ello que adoptamos el concepto planteado por el doctor Serrano, quien al respecto se pronuncia diciendo: “La palabra medicina viene del verbo latino *mederi*, que significa “cuidar, compadecer”, es decir que la medicina es la compasión efectiva frente a una vida, por lo que en resumen pensamos que la medicina es sacerdocio, ciencia, arte y tecnología; sacerdocio en la medida en que el médico se compromete a vivir y ejercer su profesión religiosa e intachablemente al servicio de los enfermos; ciencia, porque se basa en conocimientos científicos y experimentales; tecnología porque implica la

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Artículo 1°, Ley 23 (Febrero 18 de 1983). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1983. No. 35.711.

³ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina Y Ley. Ltda. Pág. 55

aplicación de la técnica tanto en el diagnóstico como en el tratamiento, y arte porque presupone una habilidad y destreza personal del médico, que no se puede adquirir con conocimientos como son la exploración clínica, las relaciones humanas, la habilidad quirúrgica, etc.”⁴

Por otra parte, al hacer un análisis de la jurisprudencia encontramos que esta no ha sido ajena al tema y también ha postulado algunas aproximaciones al concepto de la medicina. La Corte Suprema en sentencia de 1986, sostuvo que “La profesión médica, cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen de tal manera que su trasgresión delictiva o culposa puede dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la ley penal o que quede circunscrita a la responsabilidad civil.

En consecuencia, 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 cause perjuicios en la salud de aquellos, incurrirá en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar”.⁵

De lo anterior podemos inferir que, aparte de la noción o aproximación que plantea la corporación acerca del concepto de medicina, la correspondiente responsabilidad que surge cuando en la práctica de la misma, se descubren conductas constitutivas de negligencia o impericia.

1.2 EL ACTO MEDICO

El acto médico podría definirse como una relación especial entre personas, donde una de ellas (el paciente) acude ante el profesional de la salud por alguna dolencia o malestar, para que el médico lo oriente asertivamente en la consecución del objetivo de recuperar su estado de salud o sanar su dolencia o enfermedad.

“la relación médico-paciente, esencia del ejercicio de la medicina, se produce cada vez que un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad que va en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento”⁶

De ahí que la profesionalidad se constituye en una de las principales características, ya que sólo el profesional de la medicina puede efectuar el acto

⁴ Ibid. Pag 56.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Héctor Gómez Uribe. Noviembre 26 de 1986.

⁶ GUZMÁN MORA, Fernando. Derecho Médico colombiano. Elementos básicos tomo I. Pág. 301

médico, acto que debe desarrollarse típicamente, es decir, aplicando la *Lex artis ad hoc*, “ley del arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se esté tratando, *Lex artis* que permite evaluar si el acto médico ejecutado se ajusta a las normas de la excelencia:

“Se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo las características especiales de quién lo ejerce (preparación); el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate; la complejidad del acto médico -no es lo mismo un acto diagnóstico en Bogotá a un acto quirúrgico complejo en Bojayà-; la disponibilidad de elementos (recursos técnicos y humanos); el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente”.⁷ Es decir, la *Lex Artis* son una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones semejantes y que están en permanente actualización, y ese es precisamente uno de los deberes del profesional de la salud: la permanente actualización. La ley 23 de 1981 (título I, capítulo I, artículo 5) señala que la relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos: por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, por acción unilateral del médico en caso de emergencia, por solicitud de terceras personas o por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública. Dependiendo de la diligencia y cuidado prestado en desarrollo del acto médico se derivan posibles responsabilidades o eximentes, tanto en el campo civil, penal o administrativo.

El acto médico institucional⁸, es a su vez una forma tripartita de relación del acto médico, institución-médico-paciente y puede ser de varios tipos: por medio de entidades hospitalarias de servicio público donde el médico es empleado (ESE), a través de instituciones adscritas a la seguridad social (EPS/IPS/ARS), mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato (clínicas), o por medio de empresas de medicina prepagada. Aunque en estos casos el paciente no busca voluntariamente al médico, se somete a ser atendido por quien se encuentre de turno o por llamada.

Todo acto médico debe ser eficiente, pues es éste el determinante de la responsabilidad médica. En consecuencia la excelencia de los servicios, como control de calidad también se exige en los aspectos de la salud y demás actividades profesionales.

1.3 DERECHO MEDICO COLOMBIANO

El ejercicio de la medicina implica una de las mayores responsabilidades, dado los efectos que pueden generar las acciones u omisiones del galeno sobre la vida y la salud de las personas. Es por lo tanto una actividad profesional que ha

⁷ *Ibíd.*, Pág. 312.

⁸ *Ibíd.*, Pág.308.

sido objeto especial de regulaciones éticas, como el milenar juramento hipocrático, así como regulaciones jurídicas.

El Derecho médico podría definirse como el conjunto de regulaciones jurídicas de actos, procesos, condiciones y elementos ejercidos por galenos que repercuten en derechos fundamentales como la vida y conexos con éste y otros derechos de los pacientes, regulando el acto médico, la relación Médico-paciente y consecuencias derivadas de tal relación. La medicina está dirigida no solo a la curación y tratamiento de enfermedades sino también a la preservación y promoción de la salud. La profesión del médico tiene una función social en relación con la comunidad y con la justicia, ya sea como funcionario público o como perito.⁹ El estatuto que regula la profesión médica en Colombia define esta profesión como:

*“la aplicación de los medios de conocimiento para el examen, diagnóstico, prevención y tratamiento y curación, así como la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar”*¹⁰

El médico además de estar sometido al ordenamiento jurídico colombiano, lo está también con las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial en relación con la investigación biomédica y terapéutica en humanos, aplicación de nuevas tecnologías, tanto con fines de diagnósticos, tales como biopsias cerebrales o bien con fines terapéuticos como es el caso de algunos tipos de cirugía cardiovascular, psicocirugía y experimentación en psiquiatría y psicología médica, utilización de placebo, trasplante de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos, diagnóstico de la muerte y práctica de necropsias, planificación familiar, aborto, inseminación artificial, esterilización humana y cambio de sexo, y los demás temas de que se ocupe las disposiciones legales vigentes o las recomendaciones de las asambleas de la asociación médica mundial. En caso de conflicto entre los principios o recomendaciones adoptadas por la Asociación y las disposiciones legales vigentes, tienen prelación las disposiciones de la legislación colombiana.¹¹

Un representante de los profesionales del área de la salud, designado por la asociación mayoritaria que agrupe a éstos profesionales, es miembro del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que tienen entre otras funciones, definir el plan obligatorio de salud (POS) para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, definir el monto de la cotización de los afiliados del sistema dentro de los límites previstos en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del plan obligatorio de salud, definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, definir las medidas necesarias para evitar la

⁹ Op. Cit. Ley 23 (Febrero 18 de 1983). Artículo 1°.

¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 14 (Abril 28 de 1962). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1983. No. 35.711. Artículo 1°.

¹¹ Op. Cit. Ley 23 (Febrero 18 de 1983). Artículos 2 y 54.

selección adversa de usuarios del régimen subsidiado de salud por parte de entidades territoriales, etc. Los médicos y los demás profesionales de la salud (enfermeros, odontólogos, etc.) que estén vinculados a las Empresas Sociales del Estado (ESE) y demás entidades de salud pública en calidad de funcionarios públicos, además de las normas que rigen su profesión, están sometidos al cumplimiento de todas las disposiciones legales que rigen a los servidores públicos en materia laboral, derechos de carrera, en materia penal, administrativa y disciplinaria.

Pero, además de lo anterior existe un Régimen Médico Disciplinario, el Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981), que establece el Tribunal Nacional de Ética Médica y lo dota con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que representen por razón del ejercicio de la medicina en Colombia. Los miembros del Tribunal de Ética Médica son elegidos para períodos de dos años. Por cada Departamento existe un Tribunal Seccional, conformado por cinco profesionales de la medicina, elegidos por el Tribunal Nacional y pudiendo ser reelegidos al cumplirse los dos años del período. Y aunque cumplen una función pública, no son funcionarios públicos.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL EJERCICIO MEDICO

Lo primero a lo que debemos referirnos y que nos parece importante es que la responsabilidad civil médica es una clase de responsabilidad civil en la cual pueden incurrir los profesionales que ejercen las diferentes disciplinas de la salud.

Debido a que la profesión médica implica la realización de una serie de obligaciones por parte del médico, es necesario que ellas sean desarrolladas de la manera más prudente y diligente posibles, de lo contrario, se podrán generar sanciones tanto de tipo penal como civil y ético-disciplinario.

Es dentro de la segunda, donde encuadramos la responsabilidad civil del médico, producto de la trasgresión de las obligaciones de carácter profesional que ellos deben observar en el ejercicio de su actividad.

En el presente capítulo abordaremos varios temas que se derivan de la responsabilidad civil médica. Se dirá entonces que, como primera medida debe existir un hecho, ya sea positivo o negativo (acción u omisión), del cual se desprenda la ocurrencia de un daño y entre estos debe existir un vínculo o nexo de causalidad.

2.1 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Al analizar la responsabilidad civil contractual como extracontractual en materia médica, encontramos que se deben tener en cuenta los mismos elementos para su configuración, razón por la que se hace innecesario un análisis independiente frente a cada uno de tales elementos.

2.1.1 EL HECHO Para que se configure la responsabilidad de un agente médico, es necesario que primeramente se demuestre la ocurrencia de una conducta o hecho que desencadenó en un daño producido a otro agente.

La conducta o hecho productor del daño puede presentarse tanto de manera positiva (acción) como de manera negativa (omisión) y en cualquiera de los dos eventos será susceptible de producir un perjuicio.

La doctrina ha definido esta conducta diciendo: “Puede ser un hecho positivo, es decir, una acción o pudiera ser un hecho negativo o una acción por omisión. Si bien en la responsabilidad extracontractual del médico será normal que el hecho antijurídico sea una omisión cuando niega su asistencia al accidentado, herido o abandonado, en la contractual se dan ambas formas. Así, es negativa la conducta de quien omite cumplir con sus deberes; es positiva en cambio cuando los cumple mal por imprudencia o impericia. Como la prestación

debida es un hacer, se la viola no haciendo, o haciendo algo impropio, distinto de lo prometido, o cumpliendo a medias con su deber".¹² También se ha considerado como tal "aquellas actividades o diligencias que deben cumplirse por el profesional de la medicina para resolver adecuadamente el caso del cual conoce."¹³

Tradicionalmente se ha distinguido en las diversas legislaciones, la responsabilidad civil que se deriva del hecho propio, del hecho de un tercero, del hecho de las cosas y de los animales, pero poco se ha dicho sobre la responsabilidad del equipo de salud.

Por su parte, la jurisprudencia también ha compartido la división que se tiene de estos tres tipos de fuentes de responsabilidad civil. Al respecto dice: "En este orden de ideas, la Corte se ha referido en varias oportunidades a los sistemas de acuerdo con los cuales se gobierna en el país la responsabilidad civil extracontractual, señalando que ella para el efecto, se divide en tres grandes grupos: "El primero, constituido por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios "rectores" de la responsabilidad delictual y cuasi delictual por el hecho personal; el segundo formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas, y ofrece a su turno dos variantes "...según que las cosas sean animadas o inanimadas, doctrinariamente denominadas responsabilidad por causa de los animales o por causa de las cosas inanimadas, que respectivamente tienen su fundamento legal en los artículos 2353 y 2354 para aquella, y 2350, 2351, 2355 y 2356 para ésta..."¹⁴

En materia médica diremos que es directo el hecho que ha realizado el profesional de manera propia y personal, en el cuál no ha intervenido ni mediado ninguna otra conducta en la producción del daño. En estos casos el profesional de la medicina verá comprometida su responsabilidad en virtud de la aplicación del artículo 2341 del Código Civil.

Puede presentarse también el evento en el cual, si bien el profesional ha intervenido en la producción del perjuicio, existe un elemento externo o el hecho de un tercero que fue el determinante para que se produjera esa consecuencia dañina.

En el campo del médico, y muy especialmente en el caso de la practica quirúrgica se visualiza este tipo de responsabilidad ya que en esta por su papel protagónico en el acto médico, es el cirujano, generalmente, considerado como jefe del equipo médico y en consecuencia se le atribuye el rol de "vigilante" de los actos del personal auxiliar, y su grupo de colaboradores, y esto realmente

¹² YEPES RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil medica. Biblioteca Jurídica DIKE. Tercera edición, Pag 39.

¹³ MARTINEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual, onceava edición. Editorial Temis. Pág. 481.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Agosto 13 de 1996.

es imposible de cumplir si se tienen en cuenta las características de un quirófano, y la naturaleza de dicho acto médico.

El quirófano es la sala en la cual se realiza el procedimiento quirúrgico. Antes de que el paciente ingrese al quirófano, esta sala debió haber sido sometida a un exigente proceso de limpieza y desinfección (asepsia) y solamente cuando todas las condiciones de asepsia del quirófano se han cumplido, es ingresado el paciente y es ubicado en la mesa de cirugía sobre la cual va a realizarse el procedimiento. Dependiendo del tipo de cirugía que se vaya a realizar se decide la técnica anestésica y el anesthesiólogo procede a su ejecución, siguiendo previamente los protocolos de asepsia con el paciente, que la técnica anestésica exige.

Mientras el paciente es preparado para aplicarle la anestesia, se colocan las placas del electro bisturí por debajo del cuerpo del paciente y se realizan las respectivas conexiones eléctricas para su adecuado funcionamiento, se disponen los demás insumos requeridos para poder dar inicio al procedimiento. Mientras esta labor termina, hay otra persona preparando el instrumental, esta persona es el (la) instrumentador (a) quirúrgico (a), quien antes de ingresar al quirófano se lavó muy bien sus extremidades superiores (hasta los codos) cumpliendo un protocolo de asepsia, y sobre la ropa que tenía al momento de ingresar a la sala de operaciones, se pone una túnica completamente estéril que le cubre todo el cuerpo y sus extremidades superiores hasta las muñecas, y sobre esta se pone los guantes igualmente estériles; de este modo prepara el campo quirúrgico y abre los paquetes con el instrumental y los insumos con los que se iniciará la cirugía. Mientras todo esto ocurre, el cirujano aún se encuentra por fuera del quirófano, cumpliendo con el protocolo de asepsia. Cuando todo está dispuesto en el quirófano para iniciar la cirugía, ingresa el cirujano; dentro del quirófano se seca sus manos con gasas estériles y la instrumentadora le ayuda a vestirse con ropa estéril igual que ella. Nótese bien, que fue el cirujano el último en ingresar a la sala de operaciones y que no pudo supervisar lo que allí se realizó antes de su llegada, y nótese bien, las condiciones extremas de asepsia con que se desarrolla su actividad profesional, todo ello buscando eliminar el riesgo de infección en la cirugía.

Cuando el paciente reposa en la sala de cirugía, el anesthesiólogo coloca una especie de arco que cubre transversalmente la camilla, el cual es cubierto con una sabana estéril, aislando al anesthesiólogo y a la máquina de anestesia del campo quirúrgico, perdiéndose así el contacto visual entre el cirujano y los monitores de los que se vale el anesthesiólogo para controlar los signos vitales del paciente durante la cirugía, así como de los accesos venosos por los cuales al paciente le aplican los medicamentos que son requeridos durante el desarrollo de la cirugía.

El cirujano se ubica generalmente al lado derecho del paciente, a su izquierda está la instrumentadora, quien acomoda al frente suyo, una mesa, cuya bandeja queda ubicada por encima del cuerpo del paciente, y sobre esta reposan el instrumental y los insumos que van a ser utilizados por el cirujano. Al frente del cirujano, es decir al lado izquierdo del paciente se ubica el

médico que ayuda en la cirugía, y al lado de este, pero en un plano posterior, por fuera del campo quirúrgico, se coloca un aspirador y el electro bisturí. La lámpara de techo (cielítica) ubicada por encima del cirujano, se controla a espaldas de él, ya que si se tiene contacto con ella se contaminaría; la caneca en la que son desechadas las gasas que son utilizadas y descartadas, se ubica a un costado del cirujano y el pedal con el cual se acciona el electrobisturí está ubicado por debajo de la mesa de cirugía para que el cirujano lo accione con su pie. Cualquier insumo que es requerido por el cirujano o por el anesthesiólogo, y que no estaba previsto al inicio de la cirugía, es solicitado por la instrumentadora a la auxiliar de enfermería que se denomina circulante, y que es la única persona que entra y sale del quirófano y nunca está en contacto con el campo quirúrgico, pues lo contaminaría. Esta circulante se mueve todo el tiempo a espaldas del cirujano, y por ello sobre esta persona, no es posible que él pueda ejercer funciones de supervisión o vigilancia.

Hay otra auxiliar de enfermería o en algunos casos, enfermera profesional, que aplica los medicamentos que el anesthesiólogo ordena, y esto se hace generalmente por detrás del aro que separa al anesthesiólogo del cirujano, y por lo tanto éste último no podría vigilar tampoco su actuar.

De acuerdo a lo que hemos y analizado, dilucidado e interpretado llegamos a la conclusión, el cirujano sólo puede ser garante de lo que haga su ayudante, pues éste se encuentra al frente y todo el tiempo está inmerso junto con él, en el campo quirúrgico, acatando sus instrucciones. Igualmente también podría supervisar o vigilar lo que haga la instrumentadora, pero, dentro del campo quirúrgico, ya que lo que se haga a su lado no es posible visualizarlo debido a la escasa movilidad con que cuenta el cirujano mientras está operando, puesto que si rota un poco su cuerpo se expone a contaminarse y a contaminar el campo quirúrgico exponiendo a su paciente a un mayor riesgo de infección, y es por ello que en los tan cuestionados casos de oblitio quirúrgico, en que se han quedado gasas en la cavidad abdominal, se ha debatido la responsabilidad del cirujano, ya que el conteo inicial de gasas se hace por parte del instrumentador quirúrgico al momento de iniciar el procedimiento, y por parte de la circulante al finalizar el mismo, situaciones ambas que escapan del alcance del cirujano, puesto que como ya dijimos, son actividades que se realizan de manera obligada, por fuera de su alcance visual, y finalmente son terceras personas (la auxiliar circulante) quienes confirman que el conteo de gasas esta completo, y con esta información, se procede a cerrar la cavidad y a terminar la cirugía.

Por último, puede suceder también que el daño sea ocasionado por el hecho de una cosa. Obviamente en muchas ocasiones es el actuar del hombre el que incita a la cosa a producir un efecto dañino, pero habrá otros eventos en los cuales, la misma naturaleza de ella puede ocasionar perjuicios. A estas se les ha llamado actividades o cosas peligrosas.

Este es el caso que ocurre por ejemplo durante una cirugía en la que se presenta una falla o un daño en el funcionamiento de un equipo, como sería por ejemplo, la máquina de anestesia, los monitores de signos vitales, o el

electrobisturí y se le causa un daño al paciente, ya sea transitorio o permanente, y por este daño termina siendo llamado a responder el médico que realizaba el procedimiento, sin tener en cuenta que el mantenimiento y en algunos casos la operación de esos aparatos está a cargo de otra persona, designada generalmente por la entidad hospitalaria y que también hace parte del equipo de salud como son los técnicos de mantenimiento, las enfermeras circulantes y las auxiliares de la sala de esterilización.

Pero no podemos desvincular al propietario o guardián jurídico que para el caso que nos ocupa sería la entidad hospitalaria, esto para obligar al perjudicado a vincular al guardián material, es decir, al profesional de la salud, a quien muchas veces no se conoce porque los contratos entre el guardián jurídico y el guardián material pueden ser privados sin necesidad de estar registrados en ninguna oficina pública.”¹⁵

En materia médica, la doctrina ha explicado el punto referente a los hechos causados por las cosas diciendo: “La otra cuestión importante en lo atinente al análisis de la conducta medica es la relativa a la intervención en el proceso dañoso de “cosas”.

Sabemos que puede hacerse una clara distinción jurídica, que estriba en determinar si ha existido control o manejo de la “cosa”, en cuyo caso el encuadre será de “responsabilidad subjetiva” o vulgarmente determinado “con la cosa”; o si es superior o de prevalencia el riesgo o vicio de la cosa, en cuyo caso se tratará de una responsabilidad objetiva, con base en el riesgo creado “por la cosa”.

Queda claro que en ambas situaciones está presente el hecho del hombre, solamente que en el segundo pareciera desdibujarse ante la preeminencia que jurídicamente se le da a la “cosa”, pero su presencia es mediata”.¹⁶

Resumiendo, vemos que existen diferentes tipos de hechos que dan lugar a diversas clases de responsabilidad dependiendo de la incidencia de uno u otro agente en la producción del daño. Pasemos ahora a examinar cuáles son los tipos de daños que éste hecho puede causar.

2.1.2 EL DAÑO Se ha sostenido por la doctrina que “...el daño es la lesión que se actualiza en el patrimonio o en la persona misma, y el padecimiento que se sufre como consecuencia del daño ocasionado y que traiga consigo merma en cualquiera de tales sentidos...”¹⁷

Éste es catalogado como un elemento objetivo esencial y determinante de la responsabilidad jurídica civil. Sin daño no hay responsabilidad civil. “...el daño

¹⁵ MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Señal Editora. Segunda edición actualizada. Pag 222.

¹⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *et all.* Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Biblioteca Jurídica DIKE, primera edición, 1993. Pag 135.

¹⁷ GUZMAN, Fernando, *et all.* De la Responsabilidad Civil Medica. Ediciones Rosaristas, DIKE. Primera Edición, 1995.. pag 153

es un ingrediente esencial en la responsabilidad jurídica civil, no interesa que sea contractual o extracontractual y llegamos a calificarlo como uno de los elementos más determinantes ya que aunque se den el hecho, la culpa y el nexo, no existe obligación de indemnizar si no aparece claro el daño”¹⁸

Esto lo confirma la Corte de Suprema de Justicia al decir que: “...sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo...” (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de Casación. S.C. Civil, abril 26/47.)

“Con relación a la reparación del daño causado con ocasión de la actividad médica, se deben señalar que los daños en el cuerpo y en la salud son sumamente graves, porque pueden limitar o imposibilitar la vida normal del afectado temporalmente y a veces de manera irreversible.

Por esta razón, consideramos que la indemnización que va a variar según cada caso concreto, debe ser de todas maneras de un monto elevado por atentarse contra el principal valor del hombre, cual es su vida e integridad personal”. (Corte Suprema de Justicia en sentencia S-021 de 1995)

Para que el daño sea indemnizable, debe considerarse si efectivamente ha causado un menoscabo en la persona víctima del hecho. Por lo que se entrara a determinar si el daño afectó su esfera patrimonial o si por el contrario, lo que vio afectada fue su esfera moral o de los sentimientos morales; el daño material se refiere a una merma del patrimonio y el daño moral es una molestia no patrimonial. Sobre esta distinción sostiene el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez: “El daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medio de acción; la víctima después del daño es menos rica que antes. El daño moral, en cambio, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria, el patrimonio de la víctima está intacto; consiste exclusivamente en el dolor, pesar, o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos.”. De ahí que los daños sean susceptibles de clasificarse como daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Adicional a ello, es necesario determinar la efectiva ocurrencia de los daños para que sean resarcidos, y así nazca la obligación de indemnizar. Es por ello que se hablara de daños ciertos e inciertos, presentes o futuros.

2.1.2.1 DAÑOS PATRIMONIALES, EXTRAPATRIMONIALES Y FISIOLÓGICOS Comencemos por decir que esta clasificación también ha sido denominada con el nombre de daños materiales, refiriéndose a los patrimoniales y daños morales, cuando se refieren a los extrapatrimoniales.

¹⁸ MARTINEZ RAVE, Gilberto. “La responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia”, En: Sergio Yepes Restrepo. La Responsabilidad Civil Médica, cuarta edición. Biblioteca Jurídica Diké, pág. 58.

Esta clasificación ha sido propuesta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, así que en el presente análisis trataremos los términos indistintamente.

Decimos entonces que, los daños patrimoniales, existen cuando se presenta un menoscabo en el patrimonio de una persona, cuando ella ha visto disminuida su capacidad e integridad patrimonial.

Dentro de este tipo de daño encontramos el daño emergente y el lucro cesante, el primero que hace referencia a lo que efectivamente se perdió y salió de su patrimonio y el segundo que se determina según lo que se esperaba que percibiera la víctima, pero a consecuencia del hecho, ha dejado o dejara de percibir.

Para el caso concreto de la responsabilidad médica, un ejemplo nos servirá para determinar la aplicabilidad de esta clasificación de daños. Imaginemos un paciente que acude donde un médico oftalmólogo para que le practique una cirugía de catarata en el ojo derecho, pero a consecuencia de la intervención, éste pierde la visión de manera temporal; efecto que no es el común en tratándose de este tipo de procedimientos.

El paciente podrá reclamar a su médico la indemnización de perjuicios patrimoniales, puesto que efectivamente ha sufrido un detrimento en el total de su patrimonio. De suerte que, por concepto de daño emergente, se podrán cobrar todas las medicinas y tratamientos en los que ha debido incurrir para sobrellevar su ceguera temporal. Y por concepto de lucro cesante, se determinará una suma correspondiente al dinero que ha dejado de percibir por la imposibilidad de realizar su trabajo (disminución en la capacidad productiva).

Así las cosas, resulta clara la aplicabilidad de esta clasificación de los daños en el campo médico. Pasemos ahora a analizar el caso de los daños extrapatrimoniales o también llamados morales.

Esta clase de daños se presentarán cuando el detrimento que produce, recae sobre la esfera sentimental, íntima y psicológica del perjudicado. Ellos a su vez pueden manifestarse tanto en la esfera personal como en la esfera patrimonial, por lo que se han subdividido en morales subjetivos y morales objetivos.

Es así como la doctrina ha considerado que éste tipo de daños "... afectan no sólo algunos aspectos íntimos, sentimentales, afectivos, como la angustia por la muerte de un ser querido, sino que también facetas de la personalidad, como el derecho a la integridad corporal, el derecho a un buen nombre, a un good will a algunos bienes no tangibles pero que innegablemente hacen parte del patrimonio de una persona."¹⁹

Ahora bien, la jurisprudencia ha definido y diferenciado esta clase de daños (morales objetivos y subjetivos) de los llamados fisiológicos. Veamos entonces cuál ha sido la posición jurisprudencial con relación al tema.

¹⁹TAMAYO JARAMILLO, Javier, *et all.* Responsabilidad civil médica en los servicios de salud.Op. Cit.,. Pag 41.

Comenzaremos por citar un extracto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado en la cual encontramos claramente la posición de la corporación en relación con el tema de los daños morales. Plantea la sentencia que “El juzgador cuando deduce judicialmente – presunción judicial o de hombre – tiene en cuenta como antecedente la experiencia humana, nacida de la observancia de las reglas generales de la sociedad (circunstancias de modo, tiempo y lugar) para cuando ocurrió el hecho dañino. Por consiguiente, observa que entre seres normales es común que los integrantes de una familia, padres e hijos y entre estos y aquellos, se produce un inmenso dolor cuando alguno de estos miembros sufre una lesión grave o padece la muerte. Este núcleo familiar vive, por la muerte de uno de los suyos, desacomodo de vida; el elemento perdido deja vacíos de compañía o de afecto; los hechos sociales enseñan que aquel estado dura.”²⁰

De lo anterior deducimos la firme convicción que existe de la necesidad de reparación moral, afectiva y emocional de un daño, cuando éste los ha causado. Tal como lo deja planteado esta corporación, no cabe duda que tanto para la persona sobre la cual recae directamente el perjuicio, como para sus seres queridos, existirá un detrimento emocional y anímico como consecuencia del daño que se produce. Para el tema en el cual nos encontramos insertos, será de mayor importancia la determinación de esta clase de daños, pues la salud de un ser humano repercute no sólo en su esfera íntima, sino también en la de todos aquellos que lo rodean.

Hasta acá ya hemos demostrado la necesidad de la determinación de un monto dentro de la indemnización de perjuicios, correspondiente a los daños morales. La jurisprudencia nos aclaró su fundamento y nosotros apoyamos esta tesis aclarando la importancia que tiene para el ser humano, la posibilidad de gozar de un buen estado de salud.

Ahora pasemos a determinar la diferencia que existe entre los daños llamados morales subjetivos y morales objetivos. Comencemos por una aproximación doctrinaria del asunto.

Dicen los tratadistas que “En Colombia hemos aceptado la clasificación tradicional que, a partir de una sentencia del Consejo de Estado, los dividió en daños morales objetivados y subjetivos. Por los primeros, se entiende aquellos daños resultantes de las manifestaciones económicas de las angustias o trastornos psíquicos que sufren a consecuencia de un hecho dañoso. O sea que los impactos sentimentales, afectivos, emocionales, no sólo tienen implicaciones en el campo subjetivo interno sino que también alcanzan el plano externo o de la productividad. El ejemplo típico que se acostumbra para explicarlos es el del vendedor que sufre una cicatriz en la cara. Como consecuencia de ese daño, pierde agresividad en las ventas, su complejo le impide desplegar sus anteriores facilidades y ello se traduce en una

²⁰Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. REF 12.548. 2000.

baja notoria en las ventas. Se observa allí cómo ese complejo, factor subjetivo interno, se traduce o alcanza el factor externo de la productividad.

Otro ejemplo práctico, que fue conocido por los tribunales y por la Corte Suprema de Justicia, es el caso del padre de familia que en un accidente de tránsito pierde a su esposa, hijos y a otros familiares. El impacto que le produce esta tragedia lo lleva a abandonar sus negocios y a dedicarse a la bebida. Posteriormente, meses después reacciona y vuelve al ritmo normal de sus negocios. Ese abandono de los negocios temporales fue aceptado como daño moral objetivado, pues sus angustias e impactos psicológicos repercutieron en el ámbito externo de la personalidad, en la productividad.”

“En cambio por daños morales subjetivos o *pretium doloris* se han comprendido aquellos que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, emocionales, que originan angustias, dolores internos, psíquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o definir.”²¹

De lo anterior podemos deducir la real diferencia que existe entre estos dos tipos de daños morales, pues uno atiende a las repercusiones patrimoniales que el detrimento emocional produce, y el otro simplemente se encamina a determinar el estado anímico y psicológico que deja el daño en la esfera íntima del afectado.

Además de la clasificación corriente de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, nuestra jurisprudencia ha definido una categoría de perjuicios denominados fisiológicos.

En extractos de sentencia proferida por el Consejo de Estado encontramos que ésta corporación realiza una distinción entre el perjuicio fisiológico y los demás tipos de daños.

Se plantea en el documento que “Este debe distinguirse, en forma clara, del DAÑO MATERIAL, en su modalidad de DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, y también de los perjuicios morales subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y la segunda busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte “... no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente...” el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACION, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar “... otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia...”.

Fuera de lo anterior, la lesión le produjo a la víctima dolores físicos y descomposición emocional, por lo cual surge la obligación de indemnizar perjuicios morales subjetivos.

²¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *et al.* Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Op. Cit., Pag 43.

Suponiendo que la víctima reciba indemnización de esos daños. Seguirá existiendo el fisiológico que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión: mi integridad personal me concedía tres beneficios: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. Si las dos primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera, que es la que da lugar precisamente a la indemnización por perjuicios fisiológicos.

Sí, por ejemplo la víctima queda reducida a una silla de ruedas por una incapacidad permanente total, no podemos decir que al habersele indemnizado los perjuicios morales subjetivos, ya todo el daño ha sido reparado.

De qué vale a la víctima seguir recibiendo el valor del salario u obtener una satisfacción equivalente a un perjuicio moral subjetivo, si para el resto de actividades vitales no dispone de la más mínima capacidad? Sigamos con el ejemplo: supongamos que la víctima, después de la indemnización de los daños materiales y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando lejos de la situación privilegiada en que se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir disfrutando de los placeres de la vida. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y el fisiológico son diferentes... Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario”²²

Y termina la sentencia por determinar qué “Para casos que no tengan el exceso de gravedad notoria del que se deja estudiado, quien pretenda la indemnización por PERJUICIO FISIOLÓGICO, deberá ser particularmente cuidadoso en probarlo, en su existencia y monto. Será siempre el Juez quien en forma soberana definirá si el hecho invocado ha generado el citado daño, para lo cual el dictamen médico-legal será particularmente importante como punto de apoyo de la condena que en cada caso debe proferirse”.²³

Podemos inferir entonces que, los daños son clasificados en tres tipos, los materiales, los morales y los fisiológicos. A su vez, los dos primeros se subdividen, los primeros en daño emergente y lucro cesante, y los segundos en morales objetivos y morales subjetivos. Los fisiológicos no hacen parte de ninguna de estas clasificaciones, ellos son un tipo individual que debe ser tenido en cuenta al momento de la determinación de la indemnización, pues de lo contrario, no se estaría dejando indemne al perjudicado.

Nos adherimos plenamente a la posición planteada por el doctor Tamayo Jaramillo y recogida por el Consejo de Estado en la sentencia ya planteada,

²² TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II, Editorial Temis. Bogotá. página 139 s.s

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. REF 7795. Julio 9 de 1993.

puesto que resulta de sumo interés para el tema que nos corresponde (responsabilidad médica), el hecho de la determinación de una nueva clase de daños como son los fisiológicos.

Es de natural recibo que esta clase de daños haya sido incorporada a la indemnización de perjuicios producto de la responsabilidad civil médica, dada la naturaleza de la actividad y las consecuencias que ella produce. Los eventos en los cuales se produce la pérdida funcional u orgánica permanente en un paciente, deben ser tratados con una mayor severidad, pues tal como lo decíamos antes, el bienestar físico, psicológico y la integridad personal, son los bienes más preciados en la vida de un ser humano, luego la disminución que se produzca en cualquiera de estos aspectos debe generar una retribución.

Nos resulta clara la explicación de por qué estos daños no pueden ser asimilados a ninguna de las otras clases que habían sido planteadas; si bien la indemnización por daños materiales trata de dejar indemne el patrimonio y la de los daños morales trata de resarcir los sufrimientos y condiciones psicológicas de una persona (tanto los que repercuten en la personalidad y esfera íntima, como los que repercuten en el patrimonio), ninguno de ellos está llamado a reparar la pérdida de la vida normal, del bienestar general de la vida en comunidad y de la posibilidad de disfrutar de todos los placeres de la existencia.

A nuestro modo de ver, el hecho de ver disminuida la capacidad física integral de un ser humano, ya hace presumir la existencia de un daño fisiológico que debe ser reparado, pues una persona que no goce de sus plenas capacidades, no podrá disfrutar e interactuar con el mundo de la misma manera que una persona sana y normal.

Hasta acá entonces, hemos analizado los diferentes tipos de daños en atención a la reparación que cada uno de ellos busca. Ahora pasemos a mirar su clasificación dependiendo de su ocurrencia y existencia.

2.1.2.2 DAÑOS CIERTOS E INCIERTOS Otro elemento importante para determinar si el daño debe ser indemnizado, es el que se refiere a la certeza de su existencia. “El daño es cierto cuando produce en el juez la íntima convicción de que ese daño ha existido o existirá; sobre este particular ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia: “Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales del derecho procesal, es el demandante en acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho delictuoso o culposo lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo.”²⁴

²⁴ PEREZ DE LEAL, Rosana. Responsabilidad Civil del Médico. Editorial Universidad. Buenos Aires 1995. Pag 46.

También el Consejo de Estado ha planteado la necesidad de que el daño sea probado como cierto y adiciona el requisito de que sea directo. “El daño, que debe ser probado cierto y directo para que sea indemnizable...”²⁵

La incertidumbre sobre la ocurrencia de un daño, no puede generar la obligación de resarcir, puesto que no se puede determinar ni calcular su valor. Pero puede ocurrir que, aunque el daño no se haya producido aún, sea fácil deducir su existencia en un futuro, basados en pruebas fehacientes y según peritos versados en la materia que corresponda, quienes confirmarán la probabilidad y viabilidad de su ocurrencia.

En cuanto al elemento que menciona el Consejo de Estado acerca de la necesidad de que este sea directo, nos parece apenas lógico, puesto que el daño a indemnizar debe causar efectivamente un perjuicio a la víctima que lo reclama.

2.1.3 CULPA O ERROR DE CONDUCTA Este es un tema de mucha importancia y en el cual prestaremos bastante atención, en aras de dejar plenamente argumentada nuestra posición según la cuál, no puede endilgarse responsabilidad civil médica a un agente, sin la previa comprobación de que su conducta fue culposa, o sea, que se enmarcó dentro de los parámetros de la imprudencia, la negligencia o la impericia.

La Corte Suprema de Justicia, respecto a la culpa ha indicado: “Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar.... De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones...” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de junio de 1.958.)

A nuestro juicio, este es un elemento muy importante, a partir del cual se debe concebir todo el concepto de responsabilidad. Decimos que es el más preponderante por cuanto el hecho realizado por el médico (acción u omisión), debe haberse producido en contravía de la *lex artis* y de las obligaciones que le son propias a su profesión.

“La base de la responsabilidad en el ejercicio de la medicina es la culpa, la cual se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche por parte de la sociedad. Como resultado del incumplimiento del contrato de servicios médicos, puede presentarse responsabilidad en la órbita civil, penal y administrativa. La responsabilidad civil se predica únicamente si ha existido culpa en el médico, pues es principio en el derecho que no hay

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. REF 11301. Mayo 22 de 1996.

responsabilidad sin culpa. La culpa en el ámbito civil se define como un error de conducta, a causa del cual se produce un daño patrimonial a otra persona. En el caso de la culpa civil médica, el análisis del error se ubica en la actuación del médico en sí misma y no en el resultado concreto de la misma”.²⁶

Aquel error de conducta es visto por muchos autores en un plano de comparación en abstracto frente a un modelo puesto en las mismas circunstancias en las que se encontraba el médico al momento de su actuación. Lo que quiere decir que la culpa se basará en tal comparación con el modelo abstracto.

Algunos autores plantean el tema de la culpa desde esta perspectiva, y definen el modelo de comparación en estos términos: “Es una conducta contraria al deber preexistente en el contrato o en la ley, en que no incurriría un “buen profesional” colocado en las mismas condiciones del autor del daño. Es decir, que hay falta cuando el médico no obró como lo haría “un buen profesional” en las circunstancias específicas en que este se encontraba.

En donde el patrón de comparación no se valora con respecto a condiciones ideales, sino a las específicas en las que el profesional desarrolló el acto médico, correspondiendo en consecuencia, para efectos de valorar la conducta médica, determinar si en las condiciones en que se encontraba el profesional de la medicina, este hizo lo que podía hacer conforme los recursos disponibles”.²⁷

De lo anterior se concluye que, el comportamiento del médico, para que se configure como un error de conducta capaz de producir un daño, debe ser aquel en el cual no hubiera incurrido otro profesional del área médica, puesto en las mismas circunstancias externas.

La evaluación de las condiciones en las que se encontraba el profesional que realizó el acto, nos parece un elemento delimitante del modelo abstracto que se toma como punto de comparación para valorar la conducta. Ya no hablamos del “buen profesional” (modelo totalmente abstracto), sino de aquel buen profesional, de la misma área de conocimiento del agente que realizó la conducta y además, puesto en las mismas circunstancias en que aquel se encontraba al momento de realizar el hecho.

Ello nos lleva a pensar que el modelo a comparar no es completamente abstracto, se intenta precisar con los elementos antes descritos, aunque no podría sostenerse que de esta manera se convierta en una forma concreta de valoración, como lo es la comparación que se realiza de la conducta de una persona con la misma que éste observa en el manejo habitual de sus asuntos.

Así mismo, la jurisprudencia ha utilizado este método de comparación para deducir el nivel de diligencia y cuidado que ha debido emplear el médico. En

²⁶ GUZMÁN, Fernando; FRANCO, Eduardo y ROSSELLI, Diego Andrés. La práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica DIKE, primera edición. 1996. Pag 83.

²⁷ Op. Cit. SERRANO ESCOBAR. Pag 116.

sentencia del Consejo de Estado se dejó planteada esta idea diciendo: “No todo error o equivocación, puede considerarse como culpa del médico, o falla del servicio. Si bien es cierto que al médico por la especial naturaleza de su oficio, en el cual se involucra la vida humana, debe exigírsele una especial prudencia y diligencia, no es menos cierto que si en el proceso aparece probado que un médico especialmente prudente y diligente habría podido incurrir en el mismo error, es claro que no puede endilgársele culpa, en la medida en que aquí la culpa sólo puede deducirse cuando, comparado el comportamiento del responsable con el que en abstracto habría tenido una persona diligente la conducta del primero pueda ser susceptible de un juicio reproche.

En este punto señalan los hermanos Mazeaud que la pregunta que debe formularse el tribunal es: “¿Un médico prudente colocado en iguales condiciones externas habría obrado como el autor del daño?”²⁸

De tal manera que, la culpa como se ha dejado dicho hasta este punto, es el error de conducta de un médico, en el cual no hubiera incurrido un “buen profesional” puesto en las mismas condiciones. Utilizamos un patrón de comparación en abstracto (“buen profesional”), pero agregamos que éste debe estar inserto en las mismas circunstancias en las que obró el agente productor del daño, lo que resulta de natural recibo, puesto que el modelo a comparar no puede estar basado en condiciones o situaciones ideales, ya que nos llevaría a una solución injusta desde el punto de vista legal.

Ahora bien, las causas generadoras de la culpa en la responsabilidad civil médica, se pueden concretar en las siguientes:

- A) No prestación del servicio por omisión imputable a la institución o al profesional.
- B) Prestación del servicio en forma tardía o inoportuna por falta de atención adecuada a los pacientes.
- C) Por la prestación oportuna del servicio pero deficiente o inadecuada para las condiciones del paciente.

Esas causas generadoras pueden ser el resultado de una negligencia, una imprudencia o una impericia o la violación de reglamentos o pautas como pueden ser las normas éticas, del buen comportamiento del profesional o las normas de la Lex artis como los protocolos y demás pautas que la experiencia

²⁸Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. REF 9467. Abril 3 de 1997.

ha permitido organizar. Pasaremos a explicar concretamente cada una de esas causas calificadas como culpa.

2.1.3.1 FORMAS QUE REVISTE LA CULPA Actualmente se sostiene que el profesional debe emplear todos sus conocimientos, cuidado y diligencia para el desarrollo de la práctica médica, y sólo responderá por aquellos actos que haya cometido como consecuencia de negligencia, descuido u omisión.

Para dar claridad al tema, Serrano Escobar plantea que “... del médico se espera todos los cuidados de un buen profesional de su especialidad: diligencia y prudencia máxima, en razón de la naturaleza de su misión; y es responsable cuando ha faltado a sus deberes, que dista mucho de ser una falta grave, por lo que debemos decir que hay falta médica cuando el profesional de la medicina asume una conducta contraria al deber preexistente en el contrato o en la ley, en que no incurriría un buen profesional de esta disciplina colocado en las mismas circunstancias del autor del daño.”²⁹

La Corte Suprema de Justicia desde 1940 plantea la necesidad de que la responsabilidad médica se derive de la imprudencia, la impericia o la negligencia diciendo “... la responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave”. Y dentro de la misma sentencia se cita un fragmento de sentencia proferida por la Corte de Casación Francesa donde se reitera la posición en estos términos: “Fuera de la negligencia o de la imprudencia que todo hombre puede cometer, el médico no responde sino cuando, en consonancia con el estado de la ciencia o de acuerdo con las reglas consagradas por la práctica de su arte, tuvo la imprudencia, la falta de atención o la negligencia que le son imputables y que revelan un desconocimiento cierto de sus deberes”.³⁰

Por su parte, el Tribunal Superior de Distrito Judicial reiteró la idea según la cual la culpa puede revestir tres formas, y adiciona una: “Conocido lo anterior, relacionemos los elementos generadores de la culpa médica; son ellos: a) La imprudencia; b) La negligencia; c) La impericia y d) El incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias que regulan el ejercicio de la medicina en Colombia. La primera hace referencia al proceder apresurado del médico, sin prever los resultados de su acción o sin estudiar las pruebas previas o prequirúrgicas de laboratorio; análisis y estudio, criterio que será diferente en cada persona. La negligencia equivale a dejar de hacer lo que como profesional médico le corresponde llevar a cabo, siempre que tales hechos sean posibles. El tercer elemento se presenta por falta de conocimiento, destreza y habilidad que como médico debe poseer, adquiridos en las aulas y alimentado del avance técnico-científico e investigativo permanente. Por último, siendo la medicina una profesión reglada, las normas que la regulan

²⁹ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., Pag 119.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Liborio Escallón. Marzo 5 de 1940.

deben ser conocidas por el médico, pues él, tampoco puede anteponer como excusa la ignorancia de la ley”.³¹

Concluyendo, el error de conducta necesario para poder configurar la responsabilidad del galeno, puede revestir tres formas: impericia, negligencia o imprudencia. Nos apartamos de la inclusión que la Corporación citada hace del incumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, puesto que la violación que se haga de cualquiera de ellas, siempre se podrá encuadrar dentro de una de las restantes formas. En otras palabras, cuando se incumple con un precepto legal, se estará incurriendo en una negligencia, imprudencia o impericia.

A continuación, desarrollaremos un poco, cada una de ellas; una vez probado que el actuar del médico se ajustó a una de estas hipótesis, se entenderá que el elemento culpa se encuentra plenamente demostrado dentro de la institución de la responsabilidad y se pasarán a analizar los restantes.

2.1.3.1.1 LA IMPERICIA Consiste ésta en la falta de habilidad o capacidad profesional para realizar determinado procedimiento, que conlleva inexorablemente al fracaso. Sobre el particular, los autores han sostenido que el profesional que no se encuentra capacitado para realizar un tratamiento o procedimiento determinado, debe remitir a su paciente a donde un especialista del área de que se trate o asesorarse de una junta médica, de esta manera podrá evitar ocasionar un daño o perjuicio a la persona. La impericia puede deducirse de la falta de experiencia, habilidad o conocimiento.

La doctrina la ha definido en los siguientes términos: “Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando estas no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente.

Consiste pues en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y que equivale a la “inobservation des regles d’art” de la doctrina francesa, a la “malpractice” de los anglosajones y al “kunstfhehler” de los alemanes.”³²

Para el doctrinante Carlos Molina, “...es claro que quien ejerce una determinada profesión está obligado a poseer los conocimientos teóricos necesarios para el ejercicio de tal actividad o a llevarla a cabo distinguiendo cabalmente las distintas situaciones que se le presentan, para disponer adecuada y oportunamente de los diferentes medios o instrumentos para la solución de cada una de esas situaciones; más aún, debe poseer y encontrarse en condiciones físicas e intelectuales adecuadas y óptimas, para el desempeño de tal actividad.

³¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial. M.P. María Teresa Plazas. Mayo 24 de 1999.

³² GUZMAN, Fernando, *et all.* Op. Cit., Pag 81.

En consecuencia, constituirán ejemplo de impericia en el ámbito médico, el médico que confunde una enfermedad con otra, al no poseer los conocimientos teóricos necesarios para tales efectos; como el cirujano que, aunque posee los conocimientos suficientes, ocasiona un resultado dañoso a su paciente, por haber carecido de la habilidad necesaria para la intervención”.³³

2.1.3.1.2 LA IMPRUDENCIA La imprudencia consiste “... en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejaría la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.”³⁴

“Si bien la imprudencia se define como un hecho en el cual no media la intención de dañar, el acto imprudente precede a la calamidad pues se acompaña de falta de previsión o de ausencia de precaución. Cuando el acto es de tipo omisivo, prima la negligencia.

Cuando se debe a falta de conocimiento de lo que debería saberse, la hipótesis culposa se basa en la impericia. Sin embargo puede haber violaciones simultáneas (impericia, negligencia e imprudencia) del deber de cuidado que la sociedad exige a cada uno de sus miembros”.³⁵

2.1.3.1.3 NEGLIGENCIA Para definir la negligencia, sostienen los mismos autores que “Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión.

Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas. Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención.

El artículo 2356 del C.C. señala: “...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional. La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto: “...el médico tiene el deber de poner todo cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; el que por negligencia, descuido u

³³ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad Médica. Biblioteca jurídica DIKE. Primera edición, 1994. Pag 54.

³⁴ GUZMAN, Fernando, *et all.* Op. Cit., Pag 215.

³⁵ GUZMÁN, Fernando. La práctica de la Medicina y la Ley. Op. Cit., Pag 70.

omisión cause perjuicio en la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud”.³⁶

2.1.3.1.4 VIOLACION DE REGLAMENTOS Está constituida por la infracción de los principios científicos y legales. En el campo médico, se daría cuando el profesional se aparta de la Lex artis, en la medicina en la realización de una técnica o un procedimiento. Abarcaría además, la violación de normas legales que consagran reglas precisas y de obligatorio cumplimiento, así como normas de ética médica, estudios profesionales y escuelas científicas.

Ahora bien, uno de los aspectos más importantes que debe analizarse al momento de abordar el tema de la responsabilidad del galeno, es precisamente la prueba de esa culpa médica. Este es, a juicio de los doctrinantes y de la jurisprudencia, el mayor problema que se presenta cuando se está frente a un caso donde se discute la responsabilidad por el ejercicio de la actividad médica.

2.1.3.2 GRADUACIÓN DE LA CULPA En materia civil, ha sido tradicional la división de la culpa en tres niveles: la grave, la leve y la levísima. Esta tridivisión se ha aplicado en su mayoría, a los casos de responsabilidad contractual dependiendo del nivel de diligencia que ha debido emplear el deudor en la prestación prometida (artículo 1604).

En el caso médico, no cabe duda que en la mayoría de los eventos, los profesionales de la salud celebran verdaderos contratos con sus pacientes, lo que haría presumir la aplicación del artículo antes mencionado y la tridivisión de la culpa tendría plena validez en éste tema.

En nuestra opinión, no es posible sostener ello, puesto que la trasgresión que el médico haga de las obligaciones profesionales a su cargo, nunca podría devenir en dolo (culpa grave por asimilación que hace el Código Civil). Cuando se ha incurrido en este tipo de culpa, ya no hay trasgresión de los deberes de manera grave, sino que se encuentra dentro de los límites de la comisión de un delito, y nunca la realización de actos profesionales podrá asimilarse a la realización de un hecho punible.

Lo que en nuestro sentir se debe aplicar para el caso del ejercicio médico es la culpa común, puesto que es el nivel de diligencia y cuidado medio el que se le debe exigir a un profesional de la medicina cuando se encuentra desarrollando sus actividades.

³⁶GUZMAN, Fernando, *et all.* Op. Cit., Pag 213

Vemos reforzada esta teoría en sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene que: “Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico “es de medio”, aunque admitió que “Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de la “culpa del médico...”, agregando como condición “la gravedad”, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, “el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría y clase.”³⁷

Así las cosas, no es posible sostener que en materia de responsabilidad médica contractual sea aplicable la separación tripartita de la culpa. En todos los casos de responsabilidad contractual se aplicará la culpa media, tal como lo deja dicho la Corte Suprema de Justicia.

2.1.3.3 CULPA PROBADA Y CULPA PRESUNTA Esta distinción apunta principalmente al tema probatorio del elemento culpa. Son dos regímenes bajo los cuales se producen consecuencias diversas, especialmente en lo que toca con las causales de exoneración, y por ello, allí lo volveremos a abordar.

No sobra en este punto recordar en qué consiste cada una de ellas. Partiendo de la aplicación del tema de la culpa probada, tenemos que en estos eventos será al actor quien reclama la indemnización de un perjuicio, a quien corresponde probar el error de conducta en el cual incurrió el agente realizador del hecho.

En contraposición, cuando opera la presunción de culpa, será el sujeto quien produjo el daño a quien corresponda probar que su conducta estuvo enmarcada dentro de la diligencia, cuidado y prudencia necesarias para el caso. Acá se dice que opera una inversión de la carga de la prueba.

³⁷Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando Ramírez. Enero 30 de 2001.

Ahora bien, para analizar los casos en los cuales se aplica cada uno de estos regímenes en el aspecto civil, debemos dividir el examen entre la parte contractual y la extracontractual.

En cuanto a la contractual, se aplicará el régimen de presunción de culpa en los eventos en que se haya pactado la realización de obligaciones de resultados y estas se incumplan.

Por el contrario, cuando se han pactado obligaciones de medio, procederá la aplicación de la culpa probada, y será quien alega el perjuicio a quien corresponda probar la culpa del agente realizador del hecho.

En el plano extracontractual la regla general es la aplicación del artículo 2341, o sea, la culpa probada. La violación que se haga del deber general de prudencia, conlleva a quien la alega a demostrar que el agente productor del daño obró de manera culposa.

Habrà presunción de culpa en materia extracontractual, cuando se aplique la responsabilidad civil por el hecho ajeno en consonancia con el artículo 2347 del Código Civil.

El presente tema, nos lleva al análisis de puntos conexos necesarios para el entendimiento total de la institución. Tales casos son, por ejemplo, el nexo causal, las causales de exoneración y las actividades peligrosas.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, cuando toquemos cada una de estas cuestiones, veremos las diversas aristas que cobra el elemento culpa sobre el particular.

2.1.4 VINCULO DE CAUSALIDAD Para que se pueda configurar la responsabilidad civil del médico, y de ahí, derivar la obligación para el mismo de resarcir, debe existir una relación directa entre el comportamiento médico y el daño producido.

Al respecto Serrano Escobar se refiere diciendo: “De esta manera, para que haya responsabilidad médica, el médico debe ser la causa del daño, que va mucho más allá del riesgo terapéutico o quirúrgico.

Es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquella conducta médica, la cual obra como causa eficiente en la producción del perjuicio, que presupone dos condiciones: en primer lugar la conducta médica debe ser la causa próxima, que no quiere decir que sea la causa última en el orden cronológico, sino que no se deben tener en cuenta en la producción del daño los actos, hechos o causas que han obrado en forma remota, como sería el caso de la droga prescrita por el médico cuyo tratamiento no es cumplido por el paciente, aquí el médico no es responsable por el daño producido por esta causa, porque no fue por su conducta que se produjo el resultado, sino por la del paciente.

Además la conducta médica debe ser determinante en la producción del daño, que es cuando debido a la actuación médica se ha contribuido en mayor grado a la producción del resultado, de tal manera que si no hubiera sido por ese actuar, el daño no se hubiese ocasionado; por lo que el médico que incurriendo en falta en una operación efectuada a un paciente, no responde del daño si demuestra que el resultado habría sobrevenido de todas maneras, por causa ajena a su actuación; es decir que si el médico comete falta y se produce un daño, pero él no ha sido la causa eficiente de ese daño, no se compromete su responsabilidad.”³⁸

La jurisprudencia, tanto civil como administrativa, ha señalado la necesidad de que exista un vínculo de causalidad como elemento esencial de la responsabilidad del médico.

Dice la Corte Suprema de Justicia: “Enfocado el asunto desde el punto de vista de los elementos integrantes de la responsabilidad, puede sentarse como regla general que en los litigios sobre responsabilidad médica, como en todo problema de responsabilidad, debe establecerse la relación de causalidad entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputa, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado: al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquella.

La apreciación de la culpa imputada a un médico, en unos casos requiere de la estimación de una cuestión técnica de orden médico y en otros esa estimación no es necesaria, más ninguno de los dos casos anteriores puede deducirse responsabilidad sino cuando se trata de una culpa caracterizada cometida por el médico. Es necesario la evidencia de la culpa y del perjuicio para deducir la responsabilidad.”³⁹

Por su parte el Consejo de Estado ha planteado: “Sobre el punto, ha de recordarse que esta Corporación ha sostenido frente a casos que encuadran dentro de la responsabilidad médica, que la relación de causalidad de dicha actividad, se caracteriza por un particularismo específico, en relación con el régimen general, circunstancia esta que se sostiene, por las especiales características que tipifican la actividad médica y que exigen una consideración especial de parte del juzgador, en el momento de la valoración de la conducta que se considera causalmente ligada a los resultados nocivos.

Dicho en otras palabras: en tratándose del acreditamiento del elemento causal, se hace indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto médico con el paciente, no

³⁸ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., Pag 137.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Liborio Escallón. Marzo 5 de 1940.

resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad.”⁴⁰

De lo dicho por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, queda sentado que el principio general en tratándose del vínculo causal en responsabilidad médica, es que éste debe ser probado y atribuido al médico. Ello quiere decir que, si no queda suficientemente acreditado que el daño es producto de la actuación del médico, no se podrá hablar de un nexo causal y por ende, no se podrá deducir responsabilidad por parte del médico.

Para el doctrinante Tamayo Jaramillo, el Consejo de Estado cada vez se acerca más al planteamiento según el cual el vínculo causal se presume en los casos de responsabilidad médica.

Al respecto sostiene el autor: “Pero, pese al principio universal de que al médico se le debe probar la culpa y el nexo causal entre esta y el daño, desde hace algunos años, el Consejo de Estado colombiano ha incorporado en sus jurisprudencias la presunción de la falla o la falta en el servicio en materia médica.

De acuerdo con la doctrina, la dificultad probatoria de los pacientes y la mayor posibilidad probatoria del médico hacen aconsejable que este se presuma culpable, quedándole la posibilidad de demostrar que su acto médico se realizó con la prudencia y la diligencia necesarias.

En efecto, si solo se tratara de una presunción de culpa, el demandante le tocaría establecer que esa culpa presunta fue la causa del daño. Por ejemplo, podría presumirse que el médico cometió culpa por impericia. Pero el paciente o sus herederos deberían establecer que esa imprudencia fue la causante del daño, pero no es así. El Consejo de Estado solo le exige al demandante establecer que el daño se produjo durante el acto médico, para, ipso facto, presumir que fue la culpa presunta la causa de ese daño. Como se ve, una presunción arrastra a la otra”.⁴¹

Así las cosas, si bien este autor comparte la tesis acerca de la necesidad de probar siempre el vínculo de causalidad, con lo cual estamos de acuerdo, nos apartamos de su idea según la cual, el Consejo de Estado cada vez se acerca más a la presunción de la misma, atándola a la presunción de culpa.

Por otra parte, si bien es cierto que ya ha hecho carrera la posición del Consejo de Estado en cuanto a la presunción de falla del servicio médico en la administración, no nos parece, como lo dice el doctor Tamayo, que ello implique una presunción de causalidad. Si bien por efectos probatorios se le ha aminorado la carga al perjudicado aplicando la presunción de culpa, ello no debe conducir a eximir al demandante de la prueba del vínculo causal.

⁴⁰Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. REF 11949. Mayo 11 de 1999.

⁴¹TAMAYO JARAMILLO, Javier, *et al.* Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Pag 242.

La conducta del médico se presume culposa, pero es necesario acreditar que ella fue la efectiva causante del perjuicio producido. Todo ello nos lleva a diferir de la idea planteada por este autor, y conservamos la línea de pensamiento según la cual, el Consejo de Estado aún presenta como necesaria la prueba del nexo de causalidad entre el hecho y el daño para que se configure la responsabilidad civil médica.

2.1.4.1 HECHO POSITIVO Y NEGATIVO Es importante dejar en claro que, la relación de causalidad no sólo se podrá desprender de una conducta positiva que deviene en un daño; también deberá demostrarse la existencia de tal nexo cuando se está frente a un hecho de contenido negativo u omisión. Será éste el caso en que un paciente llega a un servicio de urgencias donde no es atendido por los profesionales de la salud en el momento indicado. Si el servicio no se presta, o se presta tarde, esto constituye una conducta omisiva, y si con esta se le causa un perjuicio al paciente, se incurrirá en una responsabilidad civil por omisión, no solo por parte del médico, sino que también se puede comprometer la responsabilidad de la institución.

Este es el caso contemplado en sentencia del Consejo de Estado en la que se dejó dicho lo siguiente: “Cree, por el contrario, que en un caso como el presente, tratándose de una responsabilidad patrimonial que encontraría su causa en una omisión en la atención médica solicitada para el paciente, se hacía necesario el acreditamiento mediante prueba conducente e idónea de la relación de causalidad que permite imputar a las entidades demandadas, los daños experimentados por los cuales se demanda.

En efecto, sabido se tiene que uno de los presupuestos ontológicos de la responsabilidad es, precisamente, la relación de causalidad, elemento estructural indispensable para poder atribuir el daño antijurídico a la entidad o entidades demandadas.

En otras palabras, no basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, sino que por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto, en la muerte del menor”.⁴²

Así las cosas, en tratándose de una omisión, también será necesario que ella se pueda considerar como causa directa de la producción del daño, pues de lo contrario no se podría hablar de responsabilidad. Aplica los mismos principios planteados en los casos de actuación positiva, pero es más difícil probarlo por tratarse de una conducta omisiva, un no actuar que generó el perjuicio.

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. REF 11949. Mayo 11 de 1999.

2.1.4.2 NEXO CAUSAL DIRECTO Por otra parte, decimos que el nexo causal debe ser directo, lo que significa que se debe probar que el hecho del médico fue el que incidió directamente en la producción del daño, de lo contrario, no podría deducirse su responsabilidad.

Para el caso médico, existen factores externos a la actuación profesional que pueden repercutir de manera directa o indirecta en los efectos del paciente. El más importante de ellos es la condición de salud preexistente del individuo.

En los casos en los que el paciente padece de enfermedades o condiciones preexistentes que aumentan sus riesgos, se tendrá que examinar con una mayor cautela las causas efectivas que dieron origen al resultado perjudicial. Al demandante le quedará la dura tarea de demostrar que esas condiciones no fueron determinantes de manera directa en la producción del daño, sino que por el contrario, el resultado solo puede ser atribuido a la actuación médica.

Estas condiciones son consideradas como un aumento en los riesgos del paciente, por lo que en algunas ocasiones pueden llegar a configurarse en causas extrañas, susceptibles de romper el nexo causal.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, cuando en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá sostiene: “Añádase que tampoco hay prueba de la relación causal según se puede deducir de las pruebas ya mencionadas pues se trataba de un paciente que previamente a ser intervenido quirúrgicamente, venía padeciendo de una hipertensión arterial no tratada; enfermedad que por demás es crónica y que también pudo haber sido la causa única del deceso o cuando menos coadyuvarlo.

Siendo así, no se puede afirmar como lo pretende la actora, que los malestares y el deterioro general de la salud del señor Roberto Mojica Medina que finalmente condujeron a su muerte, tuvieron como causa la negligencia médica si ya se vio que los médicos obraron con prudencia y diligencia”.⁴³

De esta manera se confirma la idea según la cuál, la causa adecuada para que exista el nexo causal debe ser probada como directa, esto es, que el daño ha sido consecuencia necesaria del hecho médico.

En el caso de las enfermedades preexistentes, si se comprueba que han tenido una repercusión directa en la producción del daño, se deberán considerar como causas extrañas en el comportamiento del médico; lo que quiere ello decir que, si bien el hecho del profesional incidió en las consecuencias nocivas, no fue la causa adecuada y directa que influyó en el daño.

⁴³ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil de Decisión. M.P. Carlos Julio Moya. Junio 7 de 2002.

No sólo se consideran como causas extrañas aquellas circunstancias o enfermedades preexistentes que sean de conocimiento del médico, sino todas aquellas que al momento del acto médico no habrían podido ser descubiertas utilizando el grado de diligencia que se le exige al profesional de esta área.

El artículo 16 de la Ley 23 de 1981 establece al respecto que: “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”.

Concluyendo, decimos que las condiciones previas del paciente son un elemento decisivo para determinar el grado de responsabilidad que se le adjudica al médico. Es lógico pensar que si bien el médico debe conocer y practicar todos los exámenes pertinentes para descartar cualquier reacción posterior a su actuación, no se le puede exigir el conocimiento de elementos que no podían ser previsibles y cuya incidencia ha sido determinante en la producción del daño.

En estos eventos la responsabilidad del médico no se puede ver comprometida por existir un elemento que rompe el nexo causal entre su comportamiento y el daño.

3. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÈDICA

Superada hoy en día la idea que imperó por un apreciable número de siglos, según la cual no era ético, ni jurídico, asignarle a la relación médico-paciente, naturaleza estricta y típicamente contractual, salvo la originada en el mandato, por aquello de que ésta convención –otrora- permitía preservar incólume el carácter bienhechor e intelectual del arte médico (sublimación y jerarquización de la tarea galénica), cumple manifestar que, hoy por hoy, sin desconocer la acentuada raigambre de índole ética y humanitaria de la profesión o arte médico, así como su indiscutida resonancia social, la communis opinión o controvierte que la citada relación jurídica hunde sus raíces, de ordinario, en un negocio jurídico de estirpe contractual, entendida la expresión ‘contrato’ como un legítimo instrumento que, en la sociedad contemporánea, por antonomasia, está llamado a regular y a gobernar la prestación de un servicio de irrestrictos beneficios individuales y colectivos (autorregulación de intereses, propios del ejercicio de la autonomía privada), todo sin perjuicio, se anticipa, de la opinión de un sector aulor, conforme al cual el médico, también puede llegar a responder en virtud de un cuasicontrato: la gestión de negocios ajenos.”⁴⁴

El profesor Español Manuel Gritama G., refiere que:

“El médico que ejerce una profesión liberal, puede como cualquier otro profesional, establecer con sus clientes relaciones obligacionales válidas y eficaces, relativas al ejercicio de su profesión. Sería cerrar los ojos a la realidad negar que los servicios médicos pueden valorarse económicamente. Es natural que el médico viva del ejercicio de la medicina. Y si ha de concluirse que el médico tiene derecho a los honorarios, indudablemente ha de convenirse también en que ellos constituyen la contraprestación de su actividad de terapeuta en el marco de un contrato usualmente oneroso”.⁴⁵

De lo anterior se deduce que cuando se tiene establecido que el negocio Jurídico, como categoría genérica que es, puede disciplinar un sin número de relaciones interpersonales, una de ellas, precisamente, la que trata del médico y su paciente, de inevitable connotación humanitaria y social, no por ello extraña al radio de acción negocial.

En consonancia con lo expresado, a modo de recapitulación se tiene establecido que la ciencia jurídica acepta mayoritariamente, que la responsabilidad del médico es de origen contractual, por regla general, dejando de lado la tesis extracontractualista.⁴⁶

⁴⁴ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. Colección Ensayos N8. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF. Bogotá D.C.2002. Pág.70

⁴⁵ Configuración jurídica de los servicios médicos. Estudios de derecho público y privado ofrecidos al Dr. Ignacio Serrano y Serrano, Valladolid, 1965, Pág.341.

⁴⁶ VALLEJO GARCÍA, Felipe. La responsabilidad civil médica En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N°300 y 301, Bogotá, 1993, Pág. 56 y ss.

Por consiguiente, hoy la doctrina, a manera de regla generalísima, acepta que la responsabilidad médica tiene como fuente un negocio jurídico, restándole toda fuerza a la posición de estirpe extracontractual, formulada con carácter absoluto. Tanto es así, que la tendencia moderna, en prueba de lo aseverado, es la de elevar la tesis en comento, aún para aquellos eventos en que el paciente no contrata, directa y personalmente, con el médico, pero sí con una clínica o centro hospitalario con soporte en lo afirmado por un amplio sector de la doctrina y por la jurisprudencia nacional.

Lo anterior no excluye que en determinadas hipótesis, la responsabilidad galénica se torne extracontractual, por ejemplo, cuando el facultativo en guarda de preservar responsablemente la vida de una persona – fiel a la *lex artis* - lo interviene en estado de absoluta inconsciencia, generada a raíz de un accidente de tránsito – o automotor – (‘accidente callejero’), hecho que impide la afloración del consentimiento negocial, detonante de cualquier contrato, incluido el médico o, si se prefiere, el de prestación de servicios médicos, en particular por la ausencia de asentamiento en cabeza del paciente ⁴⁷.

Al respecto, anota el doctrinante BUERES que:

“Si el enfermo no está en condiciones de integrar el consentimiento, mal puede conceptuarse que hay contrato, si computamos que es básico y primario en tal noción el concurso o coincidencia de voluntades exteriorizadas”⁴⁸.

Conviene expresar que la definición de la naturaleza jurídica del contrato médico – o si se prefiere de la relación médico-paciente-, ha dado pábulo a la factura de variadas y diversas teorías, unas más aceptadas que otras, es cierto, tal y como ha tenido lugar en general, con todos y cada uno de los negocios jurídicos celebrados por los profesionales liberales, objeto de acendrada polémica, aún latente.”⁴⁹

3.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL MÉDICO

La contractual se genera cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales entre el médico y el paciente o la institución prestadora de servicios de salud; y la extracontractual cuando no ha habido acuerdo o contrato y el profesional debe atender al paciente por las circunstancias especiales en que se encuentra, estado de inconsciencia o en casos de emergencia, por citar algunos ejemplos.

⁴⁷ En contra, el profesor colombiano Jorge Santos Ballesteros, distinguido estudioso que puntualiza que en el evento descrito, “... existiría un vínculo jurídico previo, lo que permitiría afirmar la existencia de una responsabilidad civil contractual”, puesto que “... si el paciente se encontraba en estado inconsciente al momento de la intervención médica y ésta se produjo a instancias de un tercero, también es evidente la existencia del vínculo jurídico constituido en este caso por una gestión de negocios...”. La responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos clínicos En Revista Universitas, N°70, Bogotá, 1.984. Pág. 35.

⁴⁸ BUERES, Alberto. Responsabilidad Civil de los Médicos. En: Tamayo Jaramillo Javier. “Sobre la Prueba de la Culpa medica”. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1979. Pág. 123.

⁴⁹ JARAMILLO. Op cit., Pág. 78.

El médico dentro del ejercicio de su profesión, puede en un momento dado incurrir en responsabilidad civil por los daños que ocasione a sus pacientes, en los tratamientos y operaciones quirúrgicas, las cuales generalmente estarán precedidas de la celebración de un “contrato de servicios médicos” y en ocasiones de la simple intervención unilateral del médico en razón de sus deberes.

La Ley 23 de 1981, en la cual se dictan normas de ética médica, señala en su artículo 5° que la relación médico – paciente se cumple por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, por acción unilateral del médico en caso de emergencia, por solicitud de terceras personas o por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

La celebración de un contrato será, entonces, “...la manera más corriente que conlleve a la prestación de servicios médicos,” ya sea con el paciente directamente, o con sus familiares y representantes si éste por alguna razón no está en capacidad de manifestar su voluntad; sin descartar además la intervención unilateral del médico en caso de emergencias, o la atención del enfermo por un galeno vinculado a una institución de seguridad social que preste esta clase de servicios.

3.1.2 CONTRATO MEDICO Tradicionalmente los servicios médicos se han prestado mediante un contrato de prestación de servicios profesionales que se celebra entre el profesional y el paciente y que impone derechos y obligaciones a cada uno de los contratantes. No está incluido el contrato de servicios médicos como los típicos contratos que consagra el Código Civil Colombiano, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia ha considerado que el mismo al gozar de las características de una convención, acuerdo o contrato, debe regularse por las normas generales que gobiernan las relaciones en materia contractual.

Por medio del contrato médico se establece una relación entre médico y paciente, en virtud de la cual, el primero se obliga a tratar y procurar la sanación del enfermo, y el paciente, debe una contraprestación económica por esa labor.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado acerca del tema en los siguientes términos: “Mediante contrato el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto, aquel debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que ésta no siempre depende de la acción

que desarrolla el galeno pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever.”⁵⁰

Cuando se acude a una clínica u hospital en busca de ayuda médica, si no se forma parte del sistema integrado de salud previa solicitud admitida por una E.P.S. se celebra un contrato de servicios hospitalarios que impone a estos establecimientos obligaciones muy concretas que por ser de la naturaleza del contrato se entienden incorporados a él, aún sin haber sido acordados con antelación. Se trata además de un contrato que no requiere solemnidad alguna, es consensual y se entiende celebrado con la prestación del servicio. Son sus obligaciones: prestar el servicio, hacerlo oportunamente y sin discriminaciones, prestarlo de forma adecuada, contar con personal idóneo y utilizar equipos idóneos.

El contrato de servicios hospitalarios incluye además todo lo relacionado con la salud, alojamiento y alimentación del paciente, así como la seguridad para éste.

3.1.2.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO MEDICO Dentro de la clasificación de los contratos, es importante hacer un análisis de las características que este contrato en especial posee.

Es Intuitio Personae: En principio se podría decir, que el contrato médico exige una relación de confianza, la cual deposita el paciente en un médico específico, y es con él, y en virtud de sus calidades profesionales o personales, por lo que ha decidido contratar con éste. Sin embargo, hoy en día el tema adquiere un análisis diferente en orden al modelo de asistencial en salud, pues si bien es cierto que en muchas ocasiones es el paciente quien decide el médico que lo tratará, en la mayoría de los casos, por razones de asistencia de urgencia, o por razones administrativas relacionadas con el régimen de seguridad social en salud que ampara al paciente, será aleatoria la elección del médico, y de ahí que este carácter de intuitio personae se pierda un poco, y solo conserve su

Es Bilateral: No hay ninguna duda de que este es un contrato eminentemente bilateral, pues surgen obligaciones para ambas partes; por parte del médico la obligación de asistir, medicar y tratar al paciente, y por parte el paciente tiene la obligación de dar una remuneración económica al médico, cumplir el plan terapéutico y las indicaciones que el médico le recomiende y debe suministrarle al médico toda la información necesaria y de manera veraz.

Es Oneroso: La regla general y la naturaleza del contrato, es de onerosidad; el médico debe recibir una contraprestación económica por su labor y asistencia prestada al paciente.

Ahora bien, pueden darse casos en que en atención al colegaje que exista entre los médicos, o por razones de mera liberalidad del profesional, se decida no cobrar por su labor, hecho que no desnaturaliza el contrato.

⁵⁰Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Héctor Gómez Uribe. Bogotá, noviembre 26 de 1986.

Es Consensual: Este contrato queda perfeccionado desde el momento en que ambas partes hayan manifestado su consentimiento, independientemente de si posteriormente acuerden algún tipo de formalidad adicional, lo cual no es usual en la práctica.

Es un Contrato civil: El numeral 5 del artículo 23 del Código de Comercio, excluye como mercantiles la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, y como es bien sabido la medicina es una profesión liberal con función social humanitaria, lo que excluye todo carácter comercial al contrato médico.

Todas estas características, desafortunadamente se ha venido perdiendo en nuestro medio de manera evidente, con la introducción a partir de la ley 100 de 1993, de la “racionalidad capitalista” del sistema de seguridad social en salud, con la participación de entidades privadas en la administración y la prestación de los servicios de salud, que han hecho de este servicio un nuevo negocio cuyo móvil no es otro que la ganancia”.⁵¹

3.1.1.2 NATURALEZA DEL CONTRATO MEDICO Han sido varias las teorías planteadas al respecto de la naturaleza del contrato médico. Se ha dicho que es un contrato de mandato, de comisión, arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra o contrato de trabajo, entre otros.

La tesis según la cuál, el contrato médico contiene la misma naturaleza del mandato, es una de las posiciones más acogidas por los autores; los seguidores de ella, se sustentan en el tratamiento que le da el artículo 2069 al arrendamiento de servicios inmateriales (se rige por las reglas del mandato).

Ante este planteamiento han surgido críticas como la postulada por el doctor Serrano Escobar quien se refiere al particular diciendo: “Pero nuestra Corte Suprema de Justicia ha reiterado su interpretación al analizar el artículo 2144 del Código Civil en sentencia de febrero 25 de 1952, en la que sostiene que para aplicar las reglas del mandato, según el artículo 2144 deben darse dos presupuestos: En primer lugar que se trate de profesiones que requieran largos estudios, y que impliquen además, la facultad de representar”.

La doctrina moderna insiste en que el mandato tiene por fin esencial el otorgamiento de la facultad de representar jurídicamente al mandante, tesis última que no solo comparte VALENCIA ZEA, sino que aún va más allá cuando afirma: “Todo mandato es esencialmente representativo, pese a la disposición del artículo 2144, que debe mirarse derogado por las nuevas leyes del trabajo”.

“Considerando lo anterior, no vemos la manera de aplicar el mandato, que se refiere a la gestión de negocios ajenos, que le confía un mandante, que para el caso sería el paciente, que según la regulación de este contrato, es el que da

⁵¹ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., pag 95.

las indicaciones previas y precisas de cómo cumplirlo, al mandatario, que sería el médico, el cual deberá ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, según lo exige el artículo 2157, en el que el mandante se obliga al decir del artículo 2184 No. 1 <<a proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato>>, lo cual quiere decir que el paciente le suministre al médico lo necesario para que éste pueda cumplir con la asistencia profesional, lo que es insólito y hace demasiado forzosa la aplicación de esta teoría, máximo cuando el paciente es el que se somete a la prescripción médica casi en forma adhesiva, siendo el médico la parte fuerte en esta relación, que es quien toma las decisiones, lo que desdibuja la aplicación del mandato a este tipo de relación jurídica.”⁵²

Así las cosas, no es posible afirmar que éste contrato pueda adquirir tal naturaleza, pues es claro que el médico (si lo consideráramos mandatario) no tiene la facultad de representar a su mandante (paciente). Aún si se tratara de uno de los eventos en los cuales el mandato no es representativo, ésta asimilación no es válida ya que no es aplicable el precepto según el cual el mandante (paciente) debe poner a disposición del mandatario (médico) lo necesario para la ejecución de su encargo.

Si bien el paciente tiene la obligación de dar cierta información al médico para que éste pueda tomar las medidas necesarias, ello no constituye en estricto sentido lo dispuesto por el artículo 2184. Por lo tanto, sin el cumplimiento de estos elementos, el contrato se desnaturaliza en gran medida, por lo que no es posible asimilar el contrato médico al de mandato. Adicional a ello, es característico del contrato de mandato el encargo que se hace al mandatario para la realización de uno o varios negocios jurídicos, por lo que nuevamente en este evento fallaría tal elemento. El médico (posible mandatario), no realiza ningún negocio jurídico, solo desarrolla una actividad profesional en procura de la mejoría de su paciente. Lo que nos reafirma la idea según la cual, el contrato médico no encajaría de manera precisa en la definición y naturaleza del contrato de mandato.

En la doctrina argentina, se propusieron algunas tesis según las cuales éste contrato se puede considerar como una locación de obra o locación de servicios. Al respecto, Rosana Pérez de Leal cita la opinión del doctor Raymundo Salvant en este sentido: “Salvant enseñaba que el médico se compromete a prestar sus servicios, consistentes en prodigar al paciente los cuidados que la ciencia aconsejaba en procura de la curación; no promete curar, ya que asume sólo una obligación de prudencia y diligencia. ” Y continúa la misma autora diciendo: “Sin embargo, debemos destacar que la locación de servicios como modalidad que la caracteriza la subordinación jurídica, técnica y económica, y que en el caso nos encontramos con que la única subordinación factible entre médico y paciente es la jurídica. El médico, locador, pone a disposición del paciente, locatario, sus servicios profesionales, faceta ésta en la que se representa la subordinación jurídica, pero resulta imposible sostener

⁵² SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., Pag 90.

que el honorario profesional pueda significar subordinación económica, y menos aún imaginar la existencia de alguna subordinación técnica por la que el paciente (locatario) le imparte al galeno (locador), y que este último deba acatarlas.”⁵³

Ahora bien, respecto de la segunda posición, referente a la de la locación de obras, “Sus sostenedores consideran que el opus material puede consistir en una obligación de medios o de resultado, según el contenido del contrato. Afirman que en las obligaciones de medios siempre se promete un primer resultado, que consiste en la correcta ejecución.

Evidentemente, dentro de la gran gama de especialidades médicas, existen supuestos en los que el galeno asume una obligación de resultado en el contexto de un contrato que reviste caracteres propios o tipificantes de una locación de obras. Esto sucede en las hipótesis de análisis bioquímicos, exámenes de pre-empleo, radiología y cirugías embellecedoras, entre otros. Sin embargo, esto será así en casos puntuales y determinados, situación que nos impide afirmar que el médico, por regla general, celebre con el paciente un contrato de locación de obras, no pudiendo de ningún modo perder de vista que el galeno, por norma, toma a su cargo un deber de prudencia y diligencia, ya que razones éticas y legales le impiden asegurar la curación del paciente o garantizar un resultado determinado.”⁵⁴

Una vez desechadas estas concepciones, pasemos a plantear la que en nuestra opinión es la más válida y aplicable al caso en particular.

Dentro de los autores Colombianos, hay quienes sostienen que este contrato tiene matices de todos los contratos antes mencionados; se trataría entonces de un tipo de contrato multiforme, el cual reuniría elementos de muchos otros contratos tipificados por la ley.

El doctor Javier Fernández Costales, citado por el doctrinante Serrano Escobar sostiene que: “No se puede reducir a un solo tipo de contrato la actividad del médico si consideramos que la forma de ejercicio de la profesión y la gran variedad que existe de especialidades médicas hacen imposible encuadrar el contrato que se constituye de forma genérica en nuestro ordenamiento para darle un carácter único aplicable a todos los casos, pues partiría de una excesiva generalidad y en consecuencia, perdería fuerza, desdibujándose su naturaleza jurídica al aplicarse a casos concretos.”⁵⁵

“Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios, como también lo sostuvo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1915 (G.J. 1282 y 1283, pág. 204), o un contrato al que se le aplican las

⁵³PEREZ DE LEAL. Op. Cit., Pag 57.

⁵⁴ Ibid., pag 58.

⁵⁵SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., Pag 92.

normas del mandato, como se predicó en sentencias de 29 de marzo de 1923 (G.J. t. XXX, pag 52), 7 de diciembre de 1923 (G.J. t. XXX, pag. 238) y 29 de octubre de 1930 (G.J. t. XXXVIII, pag 243), o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato multiforme o variable, es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno y otro contrato de los típicamente previstos por la ley: arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato, de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere “sui generis”, como lo califica otro sector doctrinal, inclusive la Corte cuando en sentencia de 26 de noviembre de 1986, predicó, sin hacer clasificación alguna, que al contrato médico de prestación de servicios profesionales le eran aplicables “las normas título XII del libro cuarto del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...”, pues como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 5 de marzo de 1940, no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, así como la apreciación de la culpa del médico”.⁵⁶

Así las cosas, en nuestro concepto, y siguiendo la posición adoptada por la Corte, el contrato de servicios médicos es de aquellos llamados multiformes, puesto que en cada caso podrá revestir matices de cada uno de los contratos típicos como son el de mandato, locación de obra, etc. A nuestro juicio, no es dable la asimilación que de éste se pueda hacer, a alguno de los mencionados en su integridad, pues tal como lo exponen los autores citados y la Corte, presentará inconvenientes en cada evento la aplicación de uno u otro contrato por la esencia que ellos revisten.

3.1.13 ELEMENTOS DEL CONTRATO MEDICO Los elementos pueden ser esenciales, naturales o accidentales.

Dentro de los esenciales encontramos la asistencia médica prestada por el profesional. Creemos que este es el único elemento que es esencial a este contrato, pues no podríamos afirmar, por ejemplo, que la contraprestación económica del paciente al médico sea de su esencia, ya que como lo dejamos planteado antes, es de la naturaleza del mismo ser oneroso, pero si el galeno decide no cobrar, no por eso perderá su carácter de contrato médico.

Recordemos que los elementos esenciales de un contrato son aquellos sin los cuales el contrato no genera efectos jurídicos, o aún si los produjere, podría degenerar en otro tipo de contrato.

En cuanto a los elementos que son de la naturaleza, encontramos todos aquellos que se desprenden de la obligación misma de asistencia por parte del médico; de esta manera, serán todos aquellos cuidados asistenciales que se le

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Enero 30 de 2001.

deben proporcionar al paciente para cumplir a cabalidad las obligaciones profesionales. Son naturales, ya que, si bien no están expresamente consagrados por la ley, se supone su existencia y aplicación.

También será de la naturaleza del contrato, la remuneración o contraprestación económica que debe dar el paciente, aunque como antes se planteó, habrá casos en los cuales el médico puede condonar esta obligación, en aras de su deber humanitario de ayuda y asistencia. Adicional a ello, será también de la naturaleza del mismo, el deber de información que tiene el paciente para con el médico, acerca de su estado.

Por último, son elementos accidentales, todos aquellos acuerdos que sean estipulados por las partes, que desborden las obligaciones generales propias del contrato médico.

3.1.1.4 REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO MEDICO Por tratarse este de un contrato que produce efectos jurídicos entre las partes y del cual se derivan derechos y obligaciones, es considerado como un contrato que incumbe al derecho y al área jurídica. Por lo tanto, este deberá cumplir con todos los requisitos necesarios para que se configure como un contrato jurídico, y de esta manera, producir los resultados y efectos propios de los contratos.

Dentro de los requisitos de validez de los contratos, encontramos la capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, objeto y causa lícita. Describiremos un poco cada uno de ellos.

3.1.1.4.1 CAPACIDAD En cuanto a este elemento, se aplicarán las reglas generales que plantea el Código Civil. En este sentido, la aplicación del artículo 1503 se hace fundamental: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces”. Seguidamente el artículo 1504 plantea los eventos en que se consideran las personas incapaces.

De esta manera, resulta lógico que las personas que se consideran plenamente capaces, puedan manifestar directamente su voluntad de contratar, y presten su consentimiento directamente, sin necesidad de algún tipo de autorización.

“En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental, neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado más cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales.” “En este punto se contempla el código de ética médica colombiano (Título II, Capítulo I, Artículo 14): “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a persona en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o

allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.⁵⁷

Merece especial atención ésta última parte referente a la incapacidad de los menores para manifestar su voluntad en tratándose de servicios de salud. La Corte Constitucional se ha pronunciado acerca del tema de la capacidad del menor para consentir y manifestar su voluntad en materia médica en los siguientes términos: “En principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos, sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor, y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos.

La Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

a) De un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.

b) De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es "notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal", de suerte que se afecta "de manera sustancial el principio de autodeterminación personal". Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

c) La edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

⁵⁷ GUZMAN, Fernando, *et al.* Op. Cit., pag 132.

En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos”.⁵⁸

De lo anterior se deduce que el alcance de la norma del código de ética está en cierto modo restringido, pues la incapacidad civil que se presume de los menores de edad para contratar y manifestar su voluntad, en el tema médico asistencial cobra diferente valoración y en estos casos, tal como lo plantea la corte, prima el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor y por ende, siguiendo las reglas propuestas por esta corporación, habrá casos en los cuales algunos menores de edad tengan la capacidad de consentir determinados tratamientos o procedimientos que afectan su esfera íntima personal.

3.1.1.4.2 CONSENTIMIENTO EXENTO DE VICIOS Para que la manifestación de voluntad expresada por un individuo sea válida jurídicamente, es necesario que se encuentre libre de vicios como son la fuerza, el error y el dolo. En el tema médico, este requisito adquiere una mayor importancia, puesto que necesariamente nos debe remitir al asunto referente al consentimiento informado, el cual consiste en la información que el médico debe proporcionar al paciente, de manera precisa y clara, acerca de los procedimientos o tratamientos que se le van a practicar, de los riesgos que su tratamiento conlleva y sobre las alternativas terapéuticas.

En palabras simples, el consentimiento informado es la aprobación del paciente o de sus responsables, para permitir la realización de un determinado tratamiento, ya sea médico o quirúrgico.

El paciente tiene el derecho fundamental a la autodeterminación y la libre escogencia de los procedimientos y tratamientos que requiera, le sean aplicados.

Para poder ejercer este derecho, es necesario que el médico le proporcione la mayor información posible, tanto del estado actual de su enfermedad (diagnóstico), como de las posibles opciones que se pueden seguir. Así mismo, será de vital importancia el informe que se haga de los riesgos que cada una de las posibilidades planteadas, puedan acarrear.

De una información veraz y completa, dependerá que el consentimiento se entienda dado de manera válida, y por ende, el contrato pueda producir todos los efectos jurídicos pertinentes.

Por medio del consentimiento informado, el médico muestra diligencia en el actuar, al explicarle claramente al paciente, el procedimiento al cual va a ser sometido con los posibles riesgos, tratamientos alternativos, y lo que puede

⁵⁸Corte Constitucional. Expediente T-65087. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Octubre 23 de 1995.

pasarle, si no se somete a dicho procedimiento, dejando que su enfermedad evolucione.⁵⁹

Dentro de los derechos del paciente, planteados por la resolución 12.437 de 1991 proferida por el Ministerio de Salud, encontramos que el numeral 2° estipula: “Todo paciente debe ejercer sin restricciones por motivos de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social, su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y al pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando en lo posible, constancia escrita de su decisión.”

3.1.1.4.2.1 ELEMENTOS Y ALCANCE DE LA INFORMACIÓN Ha sido ampliamente discutido por todos los autores, la verdadera posibilidad que tiene el paciente para consentir de forma libre y espontánea, pues resulta claro que entender los planteamientos técnicos que hace el médico, en muchos casos no es fácil. Hay que tener en cuenta la situación intelectual y psicológica de una persona, y a partir de ello, deducir su posibilidad de entendimiento y decisión. El paciente, por regla general, no se encuentra capacitado para la comprensión de todo lo que el médico le plantea, pues el nivel científico y técnico que tiene la medicina, hace muy difícil su asimilación.

Pero además de la imposibilidad de entendimiento y comprensión de las indicaciones e informaciones dadas por el médico, también hay que tener en cuenta la situación psicológica y emocional en la que se encuentra el paciente para tomar una decisión libre y espontánea.

El consentimiento prestado por una persona en el pleno uso de sus facultades, y sin ninguna clase de presión o condición especial, es radicalmente diferente al que puede expresar una persona que se encuentra padeciendo alguna clase de enfermedad o dolencia. La búsqueda desesperada por la obtención de una mejoría, puede hacer que una persona, en muchos casos, no pueda discernir bien entre una u otra opción, y la decisión no sea del todo sensata o libre.

“Tenemos que entender que como regla general es diferente la condición del paciente al de otra persona que tranquilamente puede celebrar otros actos jurídicos y que, siempre y cuando las condiciones limitantes del paciente no lleguen a obnubilarlo, a cercenarle sus posibilidades de juicio y discernimiento,

⁵⁹ PAREDES DUQUE, Jorge Eduardo. Responsabilidad Médica. Editorial Graficas Colombia. Cali. 2004. Pag 105.

tendremos que lograr que el paciente tenga un espacio de libertad para poder optar.”⁶⁰

Recientemente, en sentencia del Consejo de Estado, se expresó el alcance del contenido de la información dada al paciente en estos términos: “De otra parte, es preciso insistir en que el derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad.

La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente.

Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención medicoquirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se documente, y que siempre se consiga su obtención en la historia clínica, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al juez sobre la aplicación del principio.

El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente”⁶¹

Por su parte, la ley ha dado algunas directrices en cuanto al alcance de tal información cuando en “El artículo 18 de la Ley 23 de 1981 que establece que en los casos graves es posible no informarle el estado de salud al paciente, cuando esa información no sea útil al paciente para solucionar sus problemas espirituales y materiales, está tajantemente diciéndole al médico usted tiene una facultad discrecional y puede inclusive omitir la información cuando el estado del paciente sea grave y usted llegue a la conclusión que informarle a él no va a contribuir a la solución de sus problemas materiales o espirituales.”⁶²

Así las cosas, se concluye que la extensión de la información, si bien se exige que sea completa y veraz, en algunos casos se permite que el médico utilice su discrecionalidad, y decida hasta dónde le va a comunicar a su paciente una información determinada, eso sí, basándose en razones fácticas que realmente hagan deducir que por el estado del paciente, esas informaciones no son conducentes ni prudentes.

⁶⁰TAMAYO JARAMILLO, Javier, *et all.* Responsabilidad civil médica en los servicios de salud.Op. Cit.,Pag 109.

⁶¹ Consejo de Estado. M.P. Jesús María Carrillo. Enero 24 de 2002.

⁶² TAMAYO JARAMILLO, Javier, *et all.* Responsabilidad civil médica en los servicios de salud.Op. Cit., Pag 110.

3.1.1.4.2.2 CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN En primer término, la información debe contener el estado actual del paciente o diagnóstico. Pero nuevamente acá, se reitera la discusión entre sí se debe comunicar el diagnóstico fatal, o si por el contrario, el médico puede omitirlo. Así se ha pronunciado algún sector de la doctrina: “Uno de los aspectos más complicados que se debaten en materia de consentimiento es el de la información sobre el diagnóstico. Algunos autores sostienen: si el diagnóstico es fatal el paciente tiene derecho a saber su diagnóstico, por más cruel que parezca. Si el estado de salud del paciente permite prever por parte del médico que el paciente se puede recuperar, allí sí opera la facultad discrecional para el médico y así puede graduar éste el contenido de la información. Nosotros no compartimos este planteamiento porque distinguir entre diagnóstico fatal y el que no lo es, es decir, diagnóstico grave, fatal y no fatal, me parece bastante riesgoso.”⁶³

Es compartible, entonces, la posición según la cual, el diagnóstico grave o fatal puede ser omitido al paciente, pues resulta claro que podría generar efectos negativos en el estado del paciente y lo único a lo que conduciría ésta es a una agravación de su situación. En nuestro parecer, ello no iría en contra de los preceptos según los cuales, el deber del médico es la información clara y completa a su paciente, puesto que vería justificación en el deber que el mismo tiene de proteger, preservar y contribuir a un mejoramiento de su paciente. Así, entre dos deberes, igualmente importantes que tiene el médico, se preferirá aquel que conduzca y ayude a obtener un mayor provecho al paciente.

En segundo lugar, la información se deberá referir a los posibles tratamientos y procedimientos que se pueden practicar.

El último de los tópicos que debe contener la información, es aquel que se refiere a los riesgos de cada uno de los procedimientos planteados, y en el caso de escogencia de uno de ellos, su explicación, deberá ser ampliamente expuesta al paciente.

Sobre este particular, de los riesgos, es pertinente dejar claro que los riesgos son asumidos por el paciente, no así por el médico, pues el beneficio o provecho que con ellos se consiga, van exclusivamente en pro de la salud del paciente.

Así las cosas, la teoría según la cuál es el médico quien toma y asume los riesgos, pierde toda validez, y será el paciente quien decida optar por uno u otro camino, asumiendo él mismo las consecuencias (riesgosas o no) que del procedimiento o tratamiento se desprendan.

3.1.1.4.2.3 CONSENTIMIENTO DIFERIDO Este tema está directamente relacionado con el deber de información del médico a los familiares del

⁶³ Ibid., pag 113.

paciente, cuando éste no está en posibilidad de asimilar esta información y de prestar directamente su consentimiento, sin que con ello se esté violando el deber del médico de guardar el secreto profesional. Así mismo, ellos serán los llamados a consentir la aplicación de algún tratamiento o procedimiento determinado.

Las excepciones al principio general, según el cual, es el paciente quien debe prestar su consentimiento de manera directa, han sido expuestas por la Corte Constitucional, sin perjuicio de todos los análisis que varios doctrinantes han realizado sobre el tema.

Se ha dicho entonces que “La Corte Constitucional solo parece reconocer tres casos excepcionales a la regla general de tener que contar con el consentimiento (asentimiento) del paciente para aplicarle un tratamiento o procedimiento. Esto es lo que se puede inferir del siguiente párrafo: << Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a ésta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, y 3) cuando el paciente es menor de edad”⁶⁴

Posteriormente, la autora distingue entre tres eventos en los cuales se puede hablar de incapacidad del paciente para prestar directamente su consentimiento.

En primer término, se refiere a la incapacidad de hecho como aquella según la cual “...a pesar de que el paciente es una persona capaz, jurídicamente hablando, al momento de requerir la prestación de un servicio de salud, se encuentra en una incapacidad de hecho que le imposibilita ejercer su autonomía y demás derechos. Estamos aludiendo al estado de inconsciencia del paciente y a todos los estados de obnubilación o de limitación de sus facultades de juicio y discernimiento. En este caso habrá que aplicar el ya citado principio que dice: “a lo imposible nadie está obligado”, para exonerar al profesional del cumplimiento de este deber con el paciente y, por lo tanto acudir, o bien a la fórmula del consentimiento diferido de ser posible, o bien, a las normas supletivas de la voluntad o exonerativas del deber de informar y de obtener su voluntad, si, por ejemplo, el paciente requiere una intervención inmediata por tratarse de un caso de extrema urgencia.”⁶⁵

En segundo lugar se plantea la incapacidad legal como otra de las excepciones a la prestación de consentimiento directo. Esta incapacidad es la que define el Código Civil en su artículo 1502 y que posteriormente el artículo 1504 diferencia, entre incapacidades relativas y absolutas.

Por último, la urgencia en la que se encuentra el paciente, también amerita que sea tratada como un evento de incapacidad de éste para consentir, y por ello, ni siquiera se requerirá la autorización por parte de los familiares.

⁶⁴ CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Editorial TEMIS, 1997. Pag 117.

⁶⁵ Ibid. Pag 118.

Por último, también existirá la posibilidad en que el médico no requiera ni informar, ni obtener el consentimiento de nadie. Estos son los casos en los que el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, inhabilidad física o mental, y adicional a ello, no se encuentran presentes los padres ni ningún familiar. Acá, será el médico quien decidirá cuál es la opción más favorable al paciente y tomará la decisión; todo ello en atención al principio de beneficencia. Hay que precisar, eso sí, que las circunstancias para que ello se presente, deberán ser de gravedad y urgencia manifiesta.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado diciendo: “En el manejo de la responsabilidad médica la Sala no descarta la posibilidad de que en el curso de una operación se presenten complicaciones intempestivas que lleven al profesional de la medicina a decidir, a su voluntad, si abre o no otros frentes de acción para tratar de mantener y conservar la vida del enfermo. Para estos casos no necesita la autorización de nadie, pues el reto que en tales circunstancias se le presenta es el de luchar por la conservación de la vida misma”.⁶⁶

3.1.1.4.3 OBJETO LÍCITO “O sea el contenido de la obligación, que para el médico es la prestación de un servicio de asistencia médica, que le obliga a desplegar en pro de su cliente los conocimientos y adelantos de la ciencia médica, ejercidos en forma diligente y técnicamente apropiados, velando solícitamente por la salud del paciente; y para este último consiste en reconocerle al médico los honorarios convenidos, los cuales según el artículo 22 de la ley 23 de 1981 serán fijados por el médico <<...de conformidad con su jerarquía científica y en relación con la importancia y circunstancias de cada uno de los actos que le corresponda cumplir, teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente...>>.”⁶⁷

Pero esta obligación de asistencia y prestación del servicio médico, que es el objeto del contrato médico, debe ser lícito, o sea, debe estar acorde con las normas legales, la moral y las buenas costumbres de una sociedad en un momento dado. Un ejemplo que puede ilustrar el enunciado anterior, sería la realización de una cirugía para implantar prótesis con droga, si bien es llevada a cabo mediante un acto médico, no es legal, y cualquier acuerdo en este sentido, sería nulo por tener objeto ilícito

3.1.1.4.4 CAUSA LÍCITA “La causa que origina el contrato de asistencia médica en el paciente es su anhelo de bienestar tanto físico como psíquico; y para el médico la causa primera es cumplir con los preceptos ético-sociales de su profesión: buscar la salud integral de sus pacientes, y como profesional que es, que se le reconozca su trabajo mediante el pago de honorarios. Por lo que igualmente la causa del contrato ha de ser lícita como lo exige el artículo 1502,

⁶⁶ Consejo de Estado. Sección tercera. M.P. Julio Cesar Uribe. Julio 9 de 1993.

⁶⁷ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., Pag 86.

es decir que el móvil de la actividad médica debe estar inspirada en los preceptos éticos que regulan esta profesión y que orientan el ejercicio de la medicina como un medio al servicio de la vida humana, y no como un fin en sí misma, ya que si la medicina se inspira en la ciencia por la ciencia es un peligro para la humanidad. Es por ello que, sí la causa del contrato médico no está permitida por las normas reguladoras de esta profesión el contrato carecería de validez: como lo serían los experimentos genéticos con clones humanos tendientes a manipular la especie humana.”⁶⁸

3.1.1.5 PARTES DEL CONTRATO MEDICO El contrato médico se puede presentar en dos sentidos, el primero en cuanto a la relación que se deriva del acuerdo directo entre médico y paciente; y el otro en los casos en los que el paciente contrata con una institución hospitalaria. Estos dos no son excluyentes, por el contrario se puede presentar el evento en el cual, el paciente contrata con un médico determinado la prestación de un servicio, y por otro lado, contrata con una institución para que la realización del servicio que le va a proporcionar el médico, se desarrolle en dichas instalaciones.

En el presente trabajo solo se tratarán los aspectos referentes al contrato que se celebra entre el paciente y el médico. En este sentido se dirá entonces que “las partes que concurren a su celebración son, por un lado, el profesional de la medicina y por otro la persona que solicita sus servicios, que bien puede denominarse paciente, aunque no sufra en realidad una enfermedad, ya que el motivo de su visita puede consistir simplemente en un chequeo periódico y rutinario.”⁶⁹

3.1.1.5.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES La obligación primigenia del médico, como ya se ha expuesto en acápites anteriores, es la de prestar el servicio médico a la persona que lo solicita o lo requiere en un momento dado. Por parte del paciente, su obligación es la de pagar una contraprestación económica al médico que lo ha asistido, recordando que si bien es un elemento que se presume en la contratación, no es esencial, pues en muchas oportunidades se podrá predicar la gratuidad del contrato.

Pero la doctrina, tanto colombiana como extranjera, ha expuesto una serie de derechos y obligaciones que se derivan del contrato médico, y que van más allá de las generales que antes se plantearon.

Para Sergio Yepes Restrepo “el médico tiene el deber de realizar su labor acorde con los conocimientos adquiridos, las técnicas existentes y las reglas consagradas en la práctica médica; igualmente, adquiere el deber de información para con el paciente, la elaboración de la historia clínica, la expedición de certificados médicos y el cumplimiento del secreto profesional.

⁶⁸ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., Pag 87.

⁶⁹ YEPES . Op. Cit., Pag 39.

Por su parte, al paciente le asiste un deber de cooperación para con él y que se traduce principalmente en brindarle los datos de interés que le son indagados en los interrogatorios, tales como los síntomas y signos que ha sentido y observado, así como también la obligación de cumplir las prescripciones y directrices que le traza el médico con el fin de realizar el tratamiento requerido para la curación o mejoría.”⁷⁰

El mismo autor plantea las diferentes obligaciones y deberes que se presentan, dependiendo de la etapa del acto médico del que se trate; así las cosas, en la etapa anterior al procedimiento se tratará de diagnosticar la enfermedad de que se trata. En esta etapa la obligación más importante del médico es realizar todos los exámenes necesarios para emitir un juicio y diagnóstico acertado; por parte del paciente, en esta etapa tendrá la obligación de suministrar al médico toda la información que sea importante y conducente para realizar el diagnóstico.

En la etapa en la que se desarrolla el tratamiento o procedimiento, el médico deberá utilizar todos los mecanismos y técnicas conforme a la *lex artis*, dependiendo de la enfermedad de que se trate. Hay que mencionar acá, la discrecionalidad que posee el médico para decidir el tipo de tratamiento que aplicará, eso sí, teniendo en cuenta que este deberá ser el más apto y conducente al resultado más beneficioso para el paciente, eso sí, siempre y cuando cuente con su previa autorización.

Por su parte, en esta etapa, el paciente deberá observar todas las indicaciones y recomendaciones que el médico le haga.

Por último, en la etapa posterior al procedimiento, el médico deberá llevar un seguimiento especial al paciente para analizar su evolución y prevenir o controlar, cualquier eventualidad que se presente como consecuencia del tratamiento dado. Nuevamente en este punto, le corresponderá al paciente seguir las indicaciones que el médico le proporciona. Adicional a éstas, existen otras obligaciones a cargo de cada una de las partes.

Se consideran que son obligaciones del médico: el secreto profesional, la información adecuada, la obligación de conocimiento, la obligación de diligencia y técnica, continuidad en el tratamiento, asistencia y consejo y certificación de la enfermedad y tratamiento efectuado, son otras obligaciones del médico que han sido planteadas por la doctrina colombiana.

En cuanto al secreto profesional esta obligación no es absoluta en todos los eventos, pues en tratándose de enfermedades infectocontagiosas, se ha estipulado un deber por parte del médico, de informar a las autoridades la presencia de tal enfermedad, eso sí, preservando confidencialmente la identidad de los contagiados.

⁷⁰ Ibid. Pag 26.

Por su parte, la doctrina argentina también ha postulado otras obligaciones a cargo del médico: la obligación genérica de cumplimiento de la prestación a su cargo, obtener autorización y el diligenciamiento de la historia clínica.⁷¹

Como obligaciones del paciente se encuentran:

“Colaborar en el cumplimiento de las normas institucionales

Tratar con respeto al médico, paramédicos, a otros pacientes y a los acompañantes.

Firmar el documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos propuestos, cuando así lo decida.”⁷²

En este punto nuevamente se pronuncia la doctrina argentina con dos nuevos planteamientos. En primer lugar, sostiene que es obligación del paciente, suministrar información al médico y en segundo lugar, el deber de cooperación que este mismo tiene.

3.2 RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL

Cuando el servicio profesional se presta sin que medie un contrato de prestación de servicios, se ha considerado que surge la responsabilidad civil extracontractual para la institución o para el profesional que lo atiende cuando se ocasiona daño a un paciente.

En el caso de la responsabilidad civil extracontractual tampoco ha habido un criterio constante por parte de la Corte Suprema de Justicia. En sentencia de marzo 5 de 1940 consideró que la responsabilidad civil extracontractual de los médicos se regulaba por las reglas ordinarias del artículo 2341 del Código Civil por hechos propios y que, por tanto, se requería de la prueba de la culpa, tesis que mantuviera en sentencias posteriores. En sentencia de octubre 14 de 1959 calificó la actividad médica como peligrosa y le aplicó la presunción de responsabilidad del artículo 2356 del Código Civil.

La tesis actual, no identifica la responsabilidad civil extracontractual del médico como una de las denominadas actividades peligrosas, pues dadas las características de ésta no puede encasillarse dentro de tal definición. Así las cosas se imponen en consecuencia las normas consagradas en el artículo 2341 del Código Civil que regula la responsabilidad civil extracontractual en términos generales.

⁷¹ PEREZ DE LEAL, Op. Cit., pag 21.

⁷² GUZMAN, Fernando, *et all.* Op. Cit., pag 29.

3.3 RESPONSABILIDAD DE LA INSTITUCIONES DE SALUD.

Algunos tratadistas argentinos, sobre la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud, sostienen que la responsabilidad contractual del tercero surge del hecho que entre la entidad y el médico que presta sus servicios en ella se establece un contrato a favor de tercero. De manera que el carácter contractual de la responsabilidad del médico frente al paciente se da por virtud del contrato celebrado por aquel con la entidad asistencial que atribuye al paciente el derecho a ser asistido por el médico, derecho que queda consolidado con la aceptación del beneficiario, quien por consiguiente se legitima directamente contra el promitente médico.

La tendencia doctrinaria está dirigida a atribuirle al tercero que ejecuta materialmente la prestación de la obligación contractual del primigenio deudor, responsabilidad contractual por el cumplimiento defectuoso de la misma, justificada en diversas tesis, que van desde “una responsabilidad accesoria”, pasando por el contrato a favor de tercero, hasta llegar a aquella que consulta la unidad y la estructura de los vínculos dados entre el contratante inicial, el acreedor y el ejecutante material de la prestación en la condición de agente o auxiliar del primero.

Hay que tener en cuenta entonces en estos casos para hablar de una responsabilidad a cargo del tercero, que si el objeto de la obligación es exactamente el mismo, razón por la que demanda un comportamiento uniforme, guiado por un mismo fin, cual es el cumplimiento de los deberes contractuales originalmente adquiridos, lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y para el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente celebró, el segundo lo hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional. De ahí que se esté, como dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual “indistinta” para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su sujeción. Esta unidad de tratamiento tiene asidero no sólo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes, sino en los efectos que a partir de ella se derivan, porque con independencia del vínculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. De modo que la culpa del señalado agente es la culpa de la sociedad, en los términos del artículo 1738 del Código Civil, que en atención al vínculo existente entre el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, porque al fin de cuentas, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño, lo cual incide en el campo de la solidaridad.

Con respecto a la solidaridad, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que esta nace de la ley, que es una de sus fuentes concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el artículo 2344 del Código Civil, eficaz

para todo tipo de responsabilidad. Es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad, porque como explica Adriano de Cupia al ocuparse de situaciones como la planteada, para poder sostener la tesis de la solidaridad: “Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño”. Precisamente agrega “la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño”. *Criterio este adoptado por la honorable Corte Suprema de Justicia, para resolver un caso donde se condenó solidariamente a la clínica y al médico por este último haber dejado de observar la “diligencia y cuidado” que en caso requería en el post- operatorio, que no en la cirugía.*

Ahora bien, concluye el tribunal que las obligaciones que se asumen frente al paciente, en relación con el contrato de servicios médicos, no son de resultado, sino de medio, consistentes en que el médico debe proporcionar todos los conocimientos adquiridos para procurar la curación o mejoría del enfermo, por lo que el reproche sólo acaecería cuando en cumplimiento de esa prestación el facultativo se sustrae a observar “las diligencias y reglas de conducta impuestas por su arte o profesión.”

Las E.P.S. han institucionalizado la responsabilidad profesional de los médicos. Ya no es el profesional independiente, aislado, el que celebra contratos de servicios con sus pacientes. Ya los usuarios, por medio de contratos de adhesión masivos, se afilian a las E.P.S., mediante un contrato que por ser escrito se convierte en solemne y que no sólo recoge las obligaciones que ellos imponen a los contratantes (usuarios y E.P.S.) sino que lleva implícitos las que son de su esencia, es decir, los que la ley establece para ellos.

La Ley 100 de 1993 señala entre las obligaciones impuestas a las E.P.S. las obligaciones de seguridad, diligencia y cuidado. Es entonces que en contratos como el laboral, el de servicios profesionales en general, médicos en especial, aparece clara y evidente una obligación de seguridad, de prudencia y de cuidado, que impone a la entidad la obligación de demostrar que actuó con diligencia y cuidado, y si no lo prueba se presume culpable en el resultado. Evidente entonces es que se trata de una presunción de culpa que la institución podrá desvirtuar si acredita haber actuado con diligencia y cuidado. Queda resuelta entonces una actuación que se ha querido complicar con la importación de normas o jurisprudencias no aplicables en nuestros estatutos.

Para el caso de las E.P.S. el incumplimiento del contrato por parte del médico o de la misma E.P.S. puede consistir en no atender total o parcialmente las obligaciones contraídas, o el incumplimiento tardío, parcial o inoportuno de las mismas; ello comprende conductas que generan responsabilidad civil para los profesionales de la salud y para las instituciones a las cuales está vinculado. Pero la responsabilidad también puede derivarse de hechos o conductas ejecutadas por terceros, es decir, por personas que están bajo la vigilancia y el

cuidado del profesional, como cuando se actúa en equipo. Dicha responsabilidad puede ser solidaria entre todos los que intervienen en los hechos causantes del daño y si se trabaja por cuenta de una institución, de una E.P.S. o I.P.S., también vincula la responsabilidad civil de ésta. Así mismo el médico y las instituciones se hacen responsables por los hechos ocasionados con las cosas que utilizan para atender a los pacientes.

3.3.1 DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD – I.P.S. –

Son los establecimientos de salud (hospitales y clínicas), que actualmente funcionan bajo la responsabilidad de las E.P.S., esos lugares donde los pacientes acuden en busca de ayuda profesional médica, luego de haber celebrado el contrato de prestación de servicios, generalmente con las instituciones o E.P.S.; el incumplimiento de dicho contrato genera para estas instituciones y establecimientos responsabilidad contractual.

De otro lado, se generaría la responsabilidad civil extracontractual cuando la persona acude a esos establecimientos llevados por las circunstancias, en busca de auxilios médicos de urgencias, aunque no se celebra un contrato con el paciente o con alguno de sus parientes, la institución u hospital sin embargo contrae una serie de obligaciones impuestas por ley, debiendo responder si se presenta un daño, un resultado perjudicial en la vida o en la salud del paciente.

La responsabilidad civil de los hospitales, clínicas y establecimientos similares no se reduce a los servicios médicos, paramédicos u hoteleros pues alcanza otras esferas que tienen relación directa con esa clase de servicios, drogas, exámenes de laboratorio, seguros de responsabilidad civil.

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD.

La teoría de la falla del servicio es de creación jurisprudencial: fueron los jueces franceses quienes empezaron a utilizarla para responsabilizar al Estado, y así mismo en nuestro país la Corte Suprema de Justicia empezó a emplearla.

En Colombia la teoría de la falla o falta del servicio fue mencionada por primera vez en 1939, por la Corte Suprema de Justicia pero sin mayor implicación hasta 1941, cuando es utilizada para fundamentar la responsabilidad de las personas públicas; de esta manera esa Corporación, descartó las doctrinas anteriores de responsabilidad indirecta y sólo optó por la responsabilidad directa.

Aunque el concepto de falla de servicio pretende ser un concepto autónomo y específico de la responsabilidad del Estado, con respecto al derecho civil, se estructura igualmente en el elemento subjetivo de la falta, pero no en la subjetiva personal del agente, sino en la del servicio, de la administración, siendo así una falta objetivada, pues no precisa que el agente autor del daño sea declarado responsable, para que nazca la responsabilidad de la administración.

La concepción tradicional de la falla del servicio, alude a este criterio como la falta anónima, orgánica, funcional de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

Esta falla del servicio se puede presentar de diferentes maneras; cuando el servicio no se presta, cuando se presta de manera deficiente, es decir, no se realiza de la forma en que debía haberse prestado y, cuando se presta tardíamente, o sea que aunque se preste el servicio se hace en un ámbito temporal diferente al que debía haberse hecho. Ahora bien, en el proceso que se siga contra el Estado es necesario demostrar que existió un hecho imputable a la administración o al funcionario público debido a cualquiera de las diferentes causas anteriores.

El Consejo de Estado recientemente ha planteado un nuevo concepto, sosteniendo que la falla del servicio es “la violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya que sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política.” (Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sent. de marzo 30/90. C.P. Antonio José de Irrisarri Restrepo).

Significa lo anterior, que la falla del servicio se configura cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incumple sus contenidos obligacionales establecidos en el orden jurídico, es decir, en la Constitución, en la ley o en los

reglamentos y además en todos aquellos eventos en los cuales asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad desarrollada está implícita en la función que el Estado debe cumplir.

El Consejo de Estado para sustentar la teoría de la presunción de la falla del servicio, acude a la figura de la carga dinámica de la prueba, principio según el cual, “...en cada caso concreto, serán el demandante y el demandado los encargados de aportar la prueba bien sea de la culpa, bien sea de la ausencia de esta.”⁷³

Al respecto se planteó la operancia de la figura en los siguientes términos: “El estudio del acto médico dentro del marco de la responsabilidad patrimonial del Estado, condujo a ésta corporación ente otros desarrollos doctrinarios a la adopción de criterios tales, según los cuales el ejercicio de la medicina comporta obligaciones de medio y no de resultado y por otra parte a admitir que en el evento de un juicio de responsabilidad la culpa no demanda prueba por parte del paciente o víctima sino que, compete al profesional demandado (administración), la prueba de haber obrado con diligencia y cuidado debidos de conformidad con los conocimientos adquiridos por la ciencia médica.

4.1 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

4.1.1 FALLA DEL SERVICIO MÉDICO Como ya se dijo anteriormente esta se presenta por cuanto el Estado presta el servicio público de salud por medio de instituciones hospitalarias y de profesionales de la salud vinculados a éstas, como una obligación establecida por mandato constitucional, conforme lo establece el artículo 49 de la Constitución Política, al señalar: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...”. Prestación que puede causar daños a los particulares, razón por la cual es susceptible de ser el Estado responsabilizado patrimonialmente.

La responsabilidad estatal por la prestación del servicio médico se ha fundamentado jurisprudencialmente a través de la teoría de la falla del servicio, según la cual “sólo se compromete la responsabilidad estatal cuando el ente asistencial estatal o el personal a su cargo causa daños a las personas que han requerido el servicio, si este daño ha sido causado con motivo o con ocasión de la prestación irregular, deficiente, y violatoria de las normas legales o los postulados de la Lex artis, por parte del servicio público de salud”⁷⁴

El Consejo de Estado ha reiterado que los elementos que deben concurrir para atribuir responsabilidad al Estado por la actuación de los médicos en su

⁷³ BUERES. Op cit., pág. 90.

⁷⁴ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., 171.

servicio son: “La falla del servicio, consistente en la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos, un perjuicio, cierto y determinado y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sent. de febrero 5/98. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros).

La falla del servicio se presume en el evento en que se demuestre que el perjuicio del actor tuvo su origen en el servicio prestado por la entidad demandada.

Ahora bien, así como en la responsabilidad civil se exigen una serie de elementos que deben concurrir para predicar la existencia de la responsabilidad médica, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se han establecido igualmente unos requisitos para atribuir responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud, como son: una falla funcional del servicio, un daño y la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño. La diferencia entre una y otra responsabilidad radica básicamente en la naturaleza jurídica de los sujetos intervinientes y el régimen probatorio aplicable.

4.1.2 FALLA FUNCIONAL DEL SERVICIO Debe tenerse en cuenta para establecer una falla del servicio, cuál era la obligación genérica o concreta que tenía el Estado en el caso concreto, y si efectivamente la entidad demandada cumplió o no con ese deber. Para tal efecto, es necesario consultar en primer lugar el texto constitucional a fin de determinar en términos generales cuáles son los cometidos y fines del Estado y de las autoridades públicas. En segundo lugar y a fin de indagar sobre las obligaciones específicas que en un campo determinado tienen las autoridades, deben consultarse la ley y los reglamentos con el fin de verificar si en estos se precisan deberes específicos al respecto, para que con ese referente normativo se compare la conducta de la administración a fin de establecer si cumplió o no con la obligación impuesta al Estado.

4.1.3 EL DAÑO No es suficiente con que exista una falla en el servicio para que nazca la obligación resarcitoria del Estado, sino que es necesario que haya un daño: éste es la razón de ser de la responsabilidad, pues si no hubo daño o no se puede determinar o no se pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necia e inútil. De ahí también que el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada.⁷⁵

Así, el daño se convierte en el elemento determinante de la responsabilidad patrimonial, convirtiendo la obligación de reparación en consecuencia

⁷⁵ HINESTROSA, Fernando. Responsabilidad Extracontractual, Antijuricidad y Culpa. En: Juan Carlos Henao. “El Daño”, primera edición. Editorial Universidad Externado de Colombia, pág. 36.

necesaria del daño. “El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.”⁷⁶

4.1.4 RELACIÓN CAUSAL ENTRE LA FALLA EN EL SERVICIO Y EL DAÑO

Entre la falla del servicio y el perjuicio debe existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de esa falla o falta del servicio; este nexo causal debe ser próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño.”⁷⁷

Para que se declare la responsabilidad estatal, es necesario que se demuestren los anteriores elementos, en cuyo caso nos encontramos ante una falla probada del servicio.

En materia de responsabilidad médica, el Consejo de Estado ha intentado facilitar la carga probatoria de la falla en el accionante, estableciendo una teoría intermedia entre la falla probada del servicio y los regímenes de responsabilidad objetiva, adoptando el criterio de falla presunta, en donde el hecho de atribución sigue siendo la falta de servicio, pero ésta se presume en contra de la administración, relevándose al actor de la carga procesal de demostrar la falla del servicio.

⁷⁶ HINESTORZA, Fernando. Op. Cit. Pág. 36 y ss.

⁷⁷ VALENCIA ZEA, Fernando. Derecho Civil de las Obligaciones, octava edición. Editorial Temis, pág. 199.

5. OBLIGACIONES DE MEDIO VS OBLIGACIONES DE RESULTADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

Todos los autores que se refieren a la materia, parten de las enseñanzas dadas por DEMOGUE, quien clasificó las obligaciones entre obligaciones de medio y de resultados, dependiendo del vínculo jurídico que entre las partes contratantes, se haya estipulado.

Se dice entonces que, la obligación de medio se caracteriza por el alea que ella comporta, pues el compromiso que se adquiere con el acreedor, va encaminado a la simple disposición de la mayor diligencia y prestación de conocimientos y esfuerzos para lograr un resultado, el cual, si no es alcanzado, no será suficiente para determinar el incumplimiento de la prestación, puesto que nunca se comprometió la efectiva obtención o realización del mismo. Simplemente hay un compromiso de prudencia y diligencia. Por el contrario, en las obligaciones de resultado, efectivamente se ha prometido un resultado determinado, por lo que su no realización, comprometerá un incumplimiento por parte del deudor, y por ende su comportamiento se tornará, per se, culposo.

En cuanto a la obligación de medio, "JOSSERAND la define como aquella <<en la que el deudor se obliga a poner en obra su industria, su actividad, su talento, a prestar esfuerzos, suministrar cuidados, en vista de un resultado sin duda, pero sin garantizar su efectividad>>, y continúa Serrano Escobar diciendo: "Prometiendo al deudor solamente conducirse con prudencia y diligencia en una dirección determinada, siendo esta diligencia el objeto de la obligación, ya que normalmente el resultado deseado por el acreedor es demasiado aleatorio o depende poco de la exclusiva diligencia del deudor; por lo que la no obtención del resultado no permite presumir culpa de este último, en cuyo caso se debe probar la culpa."⁷⁸

Respecto a la obligación de resultado, estamos frente a una obligación de este tipo "... cuando por la naturaleza de la prestación el acreedor contrata para obtener cierto resultado prometido por el deudor y no para imponerle una diligencia a este último."⁷⁹ El resultado constituye el objeto mismo del contrato, por lo que faltando este resultado, se presume la culpa del deudor. Presunción que sólo se desvirtúa acreditando circunstancias externas que le imposibilitaron cumplir.

Es decir que las partes convierten ese resultado en el objeto directo de su obligación: (que ha de producirse <<sin necesidad de pacto especial de garantía>> según lo planteó Demogue). Por lo que la falta de ese resultado hace presumir la culpa del deudor, presunción que sólo se destruye probando circunstancias externas que le imposibilitaron cumplir."⁸⁰

⁷⁸SERRANO ESCOBAR. Op. Cit.,Pag 106.

⁷⁹ Ibid., pág. 106.

⁸⁰ Ibid., Pag 106

El tema adquiere importancia en lo que toca con prueba de la culpa y la manera como se exoneraría el agente que ha incumplido la obligación contraída.

“Recordemos que según la doctrina clásica que fuera sistematizada por Demogue, en las obligaciones de resultado la prueba del incumplimiento engendra una presunción de culpa del deudor, la cual sólo podía ser desvirtuada con la prueba del caso fortuito. Esto ha sido aceptado por todos sin mayores cuestionamientos.

Por el contrario, en las obligaciones de medios, corresponde al acreedor probar la culpa del deudor demandado, quien a su vez para eximirse de responsabilidad le será suficiente demostrar haber obrado diligentemente, esto es, su no culpa.”⁸¹

Así las cosas, es importante esta distinción, pues de ella dependerá la aplicación de una u otra causal de exoneración. Si bien en cuanto a las obligaciones de medio, será suficiente que el deudor pruebe la diligencia y cuidado en su comportamiento para quedar libre de culpa, en tratándose de obligaciones de resultado, la culpa se presumirá, y por ende, las causales de exoneración en este evento, serán aquellas que conduzcan a romper el nexo causal, o sea, una de las llamadas causas extrañas (caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero).

Ahora pasemos a analizar el tema aplicado a la ciencia médica, y en especial, al contrato médico.

5.1 OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN LA MEDICINA

En las obligaciones de medio, el profesional de la salud, se obliga a emplear todas las acciones y conductas para la atención y el restablecimiento de la salud del paciente, sin tener que curar.

La Corte Suprema de Justicia sobre el particular ha destacado que: *“el médico solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance, para curar al enfermo, de suerte que en casos de reclamación éste deberá probar la culpa del médico sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación.”* (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de Casación, sept. 12/85. M.P: Horacio Montoya Gil.)

Teniendo en cuenta que de acuerdo con la hipótesis planteada la obligación del profesional de la salud es de medio, corresponde entonces al paciente demostrar su culpa; en tanto que el médico podrá exonerarse de la responsabilidad que le imputa si acredita que actuó con diligencia y cuidado, es

⁸¹ VASQUEZ FERREYRA, Roberto. Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina. Biblioteca Jurídica DIKE. 1ª edición colombiana, 1993. Pag 169.

decir, con ausencia de culpa, o si demuestra que existió caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Tradicionalmente se ha señalado que la medicina es una obligación de medio y no de resultado, donde el médico debe poner todos los medios a su alcance para efectuar el procedimiento idóneo encaminado a curar o aliviar la enfermedad, haciendo uso de sus conocimientos, adiestramiento técnico, diligencia y cuidado personal, pero que aun así esto no es garantía de cura:

“...la obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia sin que pueda resultar responsable del funesto desenlace de la enfermedad...”⁸²

Sin embargo, tal concepto no es tan ortodoxo como se catalogaba tradicionalmente; en la actualidad en Colombia, el acto médico es considerado una operación jurídica compleja, es decir no es solamente una obligación de medio, tal y como puede extraerse de pronunciamientos del Consejo de Estado que habla de la relación jurídica compleja en los servicios médicos:

“...lo que se trata es de centrar la atención en torno a la relación obligacional en su conjunto, con especial acento en el objeto de la prestación con el propósito de evitar la propensión de reducir a un solo rubro la prestación del servicio médico y/u hospitalaria...la obligación del médico es de resultados ya que existe siempre una alta dosis de aleas en la obtención del resultado, adicionalmente es una obligación que configura una relación jurídica compleja compuesta por una pluralidad de deberes principales y secundarios.”⁸³

El médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final) pero sí se obliga a realizar y aun garantizar otros hechos no menos precisos y determinados, como son, la sucesión de actos en qué consiste un tratamiento médico con miras a obtener un resultado deseado, que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación.⁸⁴

Es decir, hay que observar la conducta médica de manera integral, involucradas todas las fases de la prestación del servicio, fases que se han clasificado en dos grupos: deberes principales y deberes secundarios.

Los deberes principales serían genéricamente los de la ejecución diligente, prevención, diagnóstico, terapéutica y rehabilitación, los de información y los de guarda del secreto médico (llamados también por algunos doctrinantes como actos médicos directos). A su vez los deberes secundarios de conducta serían (llamados también actos médicos documentales)⁸⁵: la elaboración del diagnóstico, de información y de elaboración de la historia clínica, la práctica

⁸² Corte suprema de justicia, sentencia 5 marzo de 1940.

⁸³ Consejo de Estado, octubre 7 de 1999, exp.:12.655, consejera ponente: Dra. María Elena Giraldo

⁸⁴ Vallejo Felipe, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N° 300-301 mayo-noviembre de 1993

⁸⁵ GUZMÁN. Op. Cit., Pág.294.

adecuada y cuidadosa de los respectivos interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su identidad (si es posible), el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta⁸⁶. Enfatizando la sala tercera del Consejo de Estado que:

“debe evitarse la tendencia a encuadrar la totalidad de las prestaciones como actividad de medio; es que hay veces que se perfilan claramente como típicas prestaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, en buena medida, de la adecuada realización de cada una de las etapas diferenciadas”⁸⁷

Así, en el ámbito médico también nos podemos encontrar con una obligación de resultado según algún sector de la doctrina en el caso de la cirugía y a la medicina estética, lo cual también es reconocido por la jurisprudencia en aquellos casos en los cuales el profesional utiliza terminología asegurando resultados.

El criterio de la Corte sobre este tipo de responsabilidad es el siguiente: *“...deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente para deducir si el fracaso de la obligación lo hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiese asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene, será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima.”* (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de Casación, sept. 12/85. M.P: Horacio Montoya Gil.)

⁸⁶RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad médica. Eco ediciones, 2006, Pág.30

⁸⁷ Consejo de Estado, Junio 15 de 2000, exp.:12.548, consejera ponente: Dra. María Elena Giraldo

6. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Los sistemas de responsabilidad existentes obedecen a distintas maneras de resolver una misma pregunta, ¿Cuál es la causa o motivo determinante del surgimiento de la obligación de indemnizar?.

Los dos grandes sistemas de responsabilidad son el de la Responsabilidad Subjetiva y el de la Responsabilidad Objetiva. De acuerdo con el primero, la obligación de indemnizar se genera gracias a la existencia de culpa en el sujeto agente del daño, culpa que debe ser causa directa del daño producido. Para el segundo de los sistemas mencionados, la obligación de indemnizar surge con independencia de la existencia de culpa en el actuar del sujeto, lo importante es que haya existido un daño y por ende, debe ser reparado.

6.1 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Dentro de la responsabilidad subjetiva cobra total importancia el tema de la culpa, pues esta constituye el fundamento de los principios de esta clase de responsabilidad.

Todo este sistema encuentra sus cimientos en la teoría clásica de la culpa, y en las corrientes de pensadores de Francia en la época de redacción del Código Napoleónico.

El principio fundamental de la responsabilidad subjetiva, es la actuación culposa del agente productor del daño y la relación de ésta en la producción de los resultados. Es necesario que en el obrar del sujeto, se pueda encontrar un error de conducta en su proceder, para poder endilgar o hablar de una responsabilidad civil y por ende, el surgimiento de la obligación de reparar.

En nuestro ordenamiento civil, es evidente la adopción que de éste sistema se hace, pues así lo estipula el artículo 2341: “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”.

Por lo tanto, debemos inferir, que la base para sostener la existencia de la responsabilidad civil (la obligación de indemnizar) es haber actuado con dolo (delito) o culpa.

Ahora bien, la jurisprudencia no abandona ésta concepción, y por el contrario, se puede apreciar la interpretación que hace del artículo 2341 con un criterio eminentemente subjetivista.

Es así como en sentencia de 1944 afirma que “entre nosotros como en Francia, la culpa es el fundamento de toda responsabilidad; la responsabilidad objetiva es de excepción y sólo tiene realidad cuando la ley lo autoriza sin abandonar el concepto de culpa, sobre que nuestro código también edifica toda la teoría de

las obligaciones extracontrato y antes bien, apoyándose firmemente en él, no es difícil sostener la doctrina de los hechos por sí mismos culposos”.⁸⁸

Han sido reiterados los pronunciamientos de esta corporación, en el sentido de afirmar que la culpa es elemento integrante de la responsabilidad civil. Dice la Corte que “puesto que para que surja la obligación de indemnizar se hace necesario acreditar que concurren los elementos que tradicionalmente conforman la responsabilidad, a saber: daño, culpa y relación de causalidad”.⁸⁹

Y nos parece apenas lógico que sigamos este sistema, pues para nosotros, es fundamental analizar y tener en cuenta la conducta que el agente ha desplegado en la producción del daño. En este sentido, compartimos la frase ya famosa traída del common law “no liability without fault”, que traducida nos indica que “no hay responsabilidad sin culpa”.

Sin embargo, sostener firmemente que ésta tesis se ha mantenido incólume, es imposible, pues basta ver todos los sistemas de presunción de culpa y de responsabilidad para darnos cuenta que la tendencia es cada vez más hacia la protección de la víctima, en donde el comportamiento del agente pierde, en algunos casos, su importancia.

Para concluir, a nuestro juicio es predicable el quebranto que ésta institución ha venido sufriendo, pues cada vez, tanto las diferentes legislaciones como la jurisprudencia de varias latitudes, han venido cambiando el arraigado pensamiento subjetivista por un pensamiento más objetivo e inclinado hacia la protección de los patrimonios de las víctimas.

6.2 RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Si bien el sistema predominante en la historia ha sido el de la responsabilidad subjetiva, la teoría de la responsabilidad objetiva ha ganado fuerza en los últimos tiempos gracias a la necesidad de resolver cuestiones de la vida moderna para las cuales la responsabilidad subjetiva, en opinión de algunos autores, se tornó insuficiente; por ende se crearon nuevas normatividades, donde predominaba la idea del resarcimiento del perjuicio al sujeto que ha debido soportar el daño, sin importar si había habido culpa del agente o no, recordemos que este tema era irrelevante a la hora de indemnizar. Lo importante acá es la causación de un daño y el deber de resarcirlo, pues la víctima no está obligada a soportarlo.

Entre los seguidores de esta teoría, surgieron discrepancias a la hora de determinar cuál era el elemento que daba nacimiento o fundaba la obligación de indemnizar, pues era claro que la culpa no lo era.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Junio 15 de 1944.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Mayo 29 de 1996

Si no era la culpa la que permitía diferenciar los hechos que daban lugar o no a la responsabilidad, entonces ¿cuál era el criterio a seguir?. Para responder este interrogante, “Algunos utilizan los términos de actos normales y actos anormales. Los actos o hechos anormales, dicen, comprometen la responsabilidad de su autor, los normales no. Ripert fue el principal vocero de esta tesis. Pero lo normal o anormal del acto o hecho termina en la calificación subjetiva del mismo, esto es, regresa en forma más o menos velada al concepto de culpa.

Aparecen entonces los defensores del término riesgo, para identificar la teoría objetiva que desconoce la culpa. Todo el que ejecuta un acto o hecho que potencialmente pueda ser perjudicial para otro, debe responder por el desenlace”.⁹⁰

Apreciamos nuevamente, la aparición del concepto riesgo y la teoría que entorno de él se edificó. El principal fundamento de esta teoría, se encontraba en el incremento de situaciones riesgosas que podrían llegar a afectar el normal desarrollo social. Así lo expone la tratadista española Herminia Campuzano en su obra cuando dice: “En la vida diaria nos encontramos con una serie de actuaciones que en sí mismas conllevan un riesgo; así, por ejemplo, el conducir un vehículo, el practicar la caza, el volar en un avión, el trabajar con materiales radiactivos.

El incremento progresivo del ejercicio de estas actividades, así como la aparición de nuevas situaciones que, motivadas por la realidad social, exponen a los individuos a un mayor peligro; por ejemplo las actuaciones de bandas terroristas, el aumento de intoxicaciones por productos alimenticios...ha motivado que el legislador, a la vista de la insuficiencia de los preceptos del Código Civil se haya lanzado a dictar una serie de leyes especiales. Dichas leyes prevén una responsabilidad objetiva que se asienta, bien en la propia realización de actividades peligrosas, bien en el sometimiento pasivo a las mismas. Surge un sistema de responsabilidad basado en la realidad de los daños con total abstracción de la consideración de la culpa.”⁹¹

Todas las teorías acerca de la presunción de culpa o presunción de responsabilidad, son formas de aproximación a la teoría objetiva que van dejando lentamente la concepción subjetivista y arraigada por el elemento culpa, lo que en nuestro sentir, es un exabrupto jurídico.

⁹⁰ MARTINEZ RAVE. Op. Cit., Pag 102.

⁹¹ CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. Nociones Generales sobre Responsabilidad Civil. Editorial Fórum, S.A. Oviedo, 1997. Pag 83.

6.3 APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA EN EL CAMPO MÉDICO

Nuestro sistema es eminentemente subjetivista, lo que significa que el elemento culpa es indispensable en la configuración de la responsabilidad civil. Siguiendo ese orden de ideas, es natural que en tratándose de la actividad médica, se sigan los mismos principios.

A lo largo de nuestro análisis y más puntualmente en cuanto a los elementos de la responsabilidad civil médica, mencionamos la culpa como elemento integrante y fundamental de este tipo de responsabilidad. El comportamiento del agente siempre debe demostrarse como culposo, para que podamos endilgarle responsabilidad.

Nuestra tarea ahora es demostrar que la teoría objetiva queda totalmente proscrita en este campo dentro de nuestro ordenamiento, y para ello echaremos mano de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que han aclarado el tema.

Si bien nuestra orientación es netamente subjetivista, no es así en otras latitudes, en donde la teoría objetiva logra alguna clase de aplicabilidad en determinados temas.

6.3.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL La responsabilidad civil médica encuentra su sustento legal en el mismo fundamento de la responsabilidad civil general, que en nuestro caso es el artículo 2341 del Código Civil, según el cual “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”.

Según esto, la responsabilidad civil se fundamenta en el comportamiento doloso o culposo con el que ha actuado el agente productor del daño. En este caso, el agente será el profesional de la salud y su comportamiento deberá considerarse como culposo para dar aplicación a la norma anterior.

De la misma manera lo plantea la jurisprudencia civil, cuando en sentencia de 1940 plantea: “La gama de responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia hasta el acto doloso”. Y más adelante continúa diciendo: “Mas la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad”.⁹²

Estos pronunciamientos jurisprudenciales nos sirven para corroborar la necesidad de que la conducta del médico sea considerada como culposa, que sea evaluada y valorado su contenido, para finalmente, entrar a ser elemento

⁹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Liborio Escallón. Marzo 5 de 1940.

primordial de la responsabilidad. De ahí en adelante, los pronunciamientos de la Corte han sido reiterativos en este aspecto.

La culpa es elemento fundamental de la responsabilidad profesional, en concreto de la responsabilidad médica y la demostración de éste elemento es de vital importancia.

Se abandona por completo la idea de una indemnización surgida a partir de la producción de un daño, y se hace necesario el examen de la conducta del agente. Y nos parece apenas natural esta idea, puesto que, dentro del ejercicio médico, existe la posibilidad de generar diferentes tipos de daños en el paciente, pero su producción se justifica por los fines que a través de ellos se busca: el alivio y mejoría del paciente. Entonces, no parecería sensato pensar que el galeno que produzca un “daño” con su actuación, sea siempre obligado a su reparación.

Hasta aquí vemos que la aplicación del principio subjetivista en materia civil es plenamente viable.

En materia administrativa, el asunto adquiere un matiz especial. Cuando se habla de la falla del servicio, se hace referencia a la obligación constitucional que tiene el Estado de indemnizar en los casos en que con su actuación u omisión se le cause un daño a uno de sus administrados.

A partir de ello se edificó la teoría de la falla del servicio, y en algunos temas, como las consideradas actividades peligrosas, se llegó a pensar que el régimen de responsabilidad era eminentemente objetivo: verificada la producción de un daño, se debe indemnizar al perjudicado.

No sucede así con la actividad médica, puesto que como atrás quedó expuesto, el Consejo de Estado la dejó a salvo de éste régimen y lo diferenció de manera tajante con el de las actividades peligrosas. En la responsabilidad médica aún se mantiene incólume el postulado de la necesidad del elemento culpa, aún cuando se le haya incluido una variante a la carga de su prueba (carga dinámica de la prueba).

Nos parece conveniente en este punto reproducir nuevamente lo dicho en aquel fallo al que hacemos referencia: “Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N.) produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad.”

Por lo tanto, es pertinente sostener que el sistema subjetivista es plenamente válido tanto a nivel civil como administrativo y por ende, queda proscrita toda idea de responsabilidad objetiva en materia médica.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2001, hace una completa recopilación de las diversas posiciones que sostuvo la misma corporación respecto del tema en comento, en los siguientes términos: “Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga causa contractual o extracontractual.

Desde luego, que ésta no ha sido la constante posición de la Corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959, inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era “aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”.

Además, con antelación había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa, exactamente en sentencia de 14 de marzo de 1942, donde examinando un caso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante hacer todo un análisis probatorio para deducir la falta de prudencia del médico demandado, invocó como fundamento de derecho, entre otros, el artículo 2356 del Código Civil, y remató su estudio diciendo “el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos que, como el presente –el mal de rabia- 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 que a su saber y a su diligencia se confía”.

Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. 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 deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico cuando se trata de inapropiado (*medical malpractice*, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del C. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas.

Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, 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 si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo 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 1° de la Ley 23 de 1981”.⁹³

Así las cosas, si bien en algún tiempo la jurisprudencia civil se inclinó por la idea de considerar la responsabilidad civil extracontractual de los médicos como un régimen de actividades peligrosas, hoy por hoy es inconcebible tal apreciación, pues dada la naturaleza de la ciencia médica y los objetivos que con ella se buscan, no podemos afirmar que su ejercicio se trate de una actividad peligrosa.

Pasemos a examinar ahora la evolución del mismo tema, pero ahora aplicado a la jurisprudencia administrativa. En sentencia de 1992, el Consejo de Estado sentó una firme diferenciación entre la falla del servicio y el régimen de las actividades peligrosas. Dice esta corporación: “Se justifica esa diferenciación de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o cosas peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio.

En cambio, cuando la responsabilidad se presume por el ejercicio o la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía, etc., el que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tienen por qué soportar y si los daña debe resarcirlos (restablecimiento que se impone como una solución de equidad). De allí que en estos eventos se mire más al daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial. Se aplica a estas situaciones el principio constitucional de la igualdad (art. 13 de la Constitución Política), cuyo rompimiento da lugar a la responsabilidad por esa clase de daño, sea lícita o no la actividad cumplida por el ente público”.⁹⁴

De la anterior referencia jurisprudencial podemos colegir que, si bien es aplicable para el caso administrativo la existencia de una falla presunta, ella no es equiparable al régimen de presunción de culpa de las actividades peligrosas, pues tal como lo veíamos anteriormente, no podemos pensar que el ejercicio médico conlleve en su práctica la realización de una actividad peligrosa.

⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando Ramírez. Enero 30 de 2001.

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. REF 6754. Agosto 24 de 1992

La diferencia que encontramos en la aplicación de estos dos tipos de regímenes radica en el fundamento de cada uno de ellos. Mientras que la falla presunta del servicio descansa sobre la dificultad probatoria que se crea para el demandante, el régimen de las actividades peligrosas se basa en la misma peligrosidad y riesgo que la cosa o actividad es susceptible de generar a la comunidad.

En este último caso, se tiene más en cuenta el daño como tal que la conducta que se ha desplegado; caso inverso al que ocurre en la actividad médica, donde el daño puede haber ocurrido, pero lo importante es determinar si la conducta del agente productor del mismo estuvo acorde o no a lo exigido.

Acá nuevamente encontramos la aplicabilidad de la teoría de la carga dinámica de la prueba, pues en el caso de la presunción de falla, su procedencia se da como consecuencia de la facilidad probatoria que para una de las partes se presenta.

En pronunciamiento posterior del Consejo de Estado encontramos nuevamente una referencia sobre el particular, pero enfocada hacia el tema de la asunción de riesgos. Dice la sentencia: “Pretender que cuando la institución médica decide realizar determinada intervención con el consentimiento del paciente, por considerar que es la más adecuada para recuperar su salud, ella corre con los riesgos que dicha intervención acarrea, como lo afirma la parte actora en su recurso de apelación, implicaría asimilar la actividad médica al régimen de las actividades peligrosas en las cuales la responsabilidad se deduce simplemente del riesgo que el responsable crea en su provecho o para su beneficio; aquí, por el contrario, el riesgo que la intervención conlleva se toma es sólo a favor de la víctima.

La doctrina ha explicado el punto de la siguiente manera:

La presunción de responsabilidad por actividades peligrosas se explica de la siguiente manera: Cuando el hombre utiliza en su propia labor una fuerza extraña (máquinas, sustancias azarosas o nocivas) aumenta la suya y rompe el equilibrio natural frente a sus semejantes a quienes coloca en inminente peligro (estado de inseguridad) de recibir lesión, aunque desarrolle tal actividad observando toda la diligencia que ella exige. Parte del supuesto de que una persona ejercita una actividad que lo beneficia (de manera egoísta, si se quiere) aunque resulte socialmente útil; y que al hacerlo crea el riesgo de dañar a otra.

Nada resulta más contrario al ejercicio de la actividad médica. Porque si bien el médico puede prestar sus servicios directamente sobre el cuerpo humano y en su intento de curar al enfermo lo interviene y produce alteraciones, laceraciones y mutilaciones mediante el empleo de medicamentos, instrumentos y procedimientos quirúrgicos, lo hace precisamente para establecer la salud del paciente, para aliviar a los padecimientos en qué consiste su dolencia, para curar el mal que lo aqueja, en fin para conjurar un estado de cosas perjudicial” (Felipe Vallejo, La responsabilidad civil médica,

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No 300-301, mayo-noviembre 1993, p.62)”⁹⁵.

En este pronunciamiento observamos que la idea de la actividad peligrosa se basa en la asunción de riesgos, y por ende, el régimen de presunción de culpa se aplica con base en esos riesgos que asume el agente sólo en provecho propio. En cambio, en el caso de la actividad médica si bien se asumen ciertos riesgos, ellos no pueden ser imputados al agente, puesto que el provecho que generan los mismos, son en beneficio del paciente y en pro de buscar su mejoría. Gran diferencia que encontramos entre uno y otro caso (actividades peligrosas y actividad médica).

De todas maneras, no podemos apartarnos del concepto según el cual, en algunos eventos sí se puede aplicar el régimen de presunción de culpa para efectos de la responsabilidad médica, pero no creemos que ello se base en considerar la práctica como peligrosa, sino que su empleo se hace necesario por facilidad probatoria, es decir, dando plena aplicación al concepto de carga dinámica de la prueba. Esto visto desde el punto de vista administrativo. Pero si aterrizamos el tema al contexto civil, diremos que el régimen de presunción de culpa, en tratándose de actividad médica, sólo será aplicable en los casos en los que estemos frente al incumplimiento de una obligación de resultado en materia contractual.

6.3.2 POSICION DOCTRINARIA Para terminar, reforcemos la idea hasta acá planteada, según la cuál, la actividad médica no puede ser asimilada a las actividades peligrosas, con una cita del doctor Carlos Ignacio Jaramillo quien en este punto se refiere diciendo: “En efecto: considerar a la medicina, como una arquetípica actividad peligrosa, no sólo es desconocer, in radice, el carácter humanístico (*humanitas*) y bienhechor que de antiguo la estereotipa, sino también pretender equiparar tan nobilísima y sublime disciplina, a la conducción de automóviles, o a la manipulación de maquinaria potencialmente riesgosa, como si tal equiparación, ciertamente, fuera admisible, en cualquier plano.

Y continúa más adelante el mismo autor diciendo: “Así las cosas, no puede atribuírsele al acto médico esa especial – y restrictiva – condición, con el pretexto de mejorar la posición del paciente, in concreto, en lo atinente a la carga de la prueba, en búsqueda de que se presuma, juris tantum, la culpa médica, fundamentalmente por dos razones.

La primera, dado que se altera, amén que se desarticula, en grado sumo, el concepto prístino de actividad galénica, muy distante de la que ejecutan aquellas personas que desarrollan prototípicas actividades peligrosas, *in*

⁹⁵Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. REF 9467. Abril 3 de 1997.

potentia lesivas de caros intereses jurídicos y extrajurídicos. El médico, por antonomasia, procura preservar o salvar la vida de sus pacientes (medicina curativa) y no menoscabar su integridad física o mental, así a veces, es cierto, aflora un yerro profesional, propio de todas las actividades humanas, por más versado que sea el profesional.

De allí que, individualmente considerada, la medicina sea un arte vital, y no in mortis, pues es a la muerte, justamente, a la que de alguna manera pretende desafiar, así sea procurando su aplazamiento, en el tiempo.

Y la segunda, porque aun aceptando que dicha equiparación obedece al plausible propósito de beneficiar a la víctima, en nuestro caso, el paciente, ello no es suficiente para admitir el calificativo de peligrosa, en manera alguna de tipo semántico, solamente. Hacerlo, sería tanto como desnaturalizar la ciencia médica, por cuanto se le estaría inscribiendo en un marco que, frontalmente, choca con la teleología pulquérrima que la anima y estructura.

Por ello, si lo que se quiere es buscar una flexibilización del régimen de la carga de la prueba, el camino no puede ser el de entender que la medicina entraña un insoslayable peligro para la humanidad y, que por ende, así se le declara, a través del rótulo, para nada considerado y acorde con su ratio, de peligrosa...”⁹⁶

6.3.2 CONCLUSIÓN No podemos terminar el presente tema sin dejar clara nuestra posición, que si bien ya antes se ha esbozado, en esta oportunidad se debe recoger y sintetizar.

Comencemos por decir que la actividad médica definitivamente no se puede asimilar a una actividad peligrosa, pues su naturaleza misma entraña un propósito de bienestar y alivio para el sujeto sobre el cual recae la práctica.

Con el ejercicio de esta ciencia se procura el alivio de las diferentes enfermedades y la mejoría de los pacientes, por lo tanto, de suyo no entraña una peligrosidad. Si bien en el desarrollo de la misma se pueden tener en cuenta algunos riesgos, ellos se toman en beneficio del paciente y no del mismo agente que realiza la conducta riesgosa, o sea, el médico; elemento este que es básico en tratándose de la actividad peligrosa (toma de riesgos en beneficio del mismo agente que desarrolla la conducta peligrosa).

Sin embargo, el régimen de presunción de culpa que se aplica a las actividades peligrosas, en algunos casos es aplicable también a la actividad médica. Ya no basándose en los riesgos que la actividad sea susceptible de generar a la comunidad, sino que se fundamenta en criterios de facilidad probatoria.

En el tema administrativo la presunción de falla se funda en la aplicación de la carga dinámica de la prueba y en el tema civil, se aplicará la presunción de culpa en los eventos de incumplimiento de obligaciones de resultado dentro de

⁹⁶JARAMILLO. Op cit., Pag 63 y 64.

un contrato. Y nos parece apenas lógico esta solución, puesto que, si bien no podemos abandonar el sustento subjetivo de nuestra responsabilidad, en algunos casos la prueba de culpa se hace difícil para quien la alega, y en cambio, la parte contraria se encuentra en una mejor posición para probar. De ahí que se haga necesaria la adopción del principio de la carga dinámica de la prueba, lo que nos indica que la actividad probatoria se moverá de acuerdo a la posición en que cada parte se encuentre para poder probar un juicio

7. CARGA DE LA PRUEBA

Para poder entender el tópico principal de este trabajo, es necesario tener claridad sobre que es la carga probatoria tanto a nivel conceptual como a nivel práctico, con este fin este aparte se desarrollará primero explicando el concepto de *carga* que tiene un significado bastante particular y luego será articulado con el ámbito probatorio para completar el concepto objeto de estudio.

7.1 CARGA DE LA PRUEBA- POSTULADO UNIVERSAL DEL RÉGIMEN PROBATORIO

Es principio universal, en materia probatoria, según el cual corresponde a las partes demostrar todos aquellos hechos que sirvan de presupuesto a la norma que consagra el derecho que ellas persiguen, o en términos legales y de acuerdo con el régimen probatorio colombiano, “le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art 177 Código de Procedimiento Civil). De suerte que la parte que corre con tal carga, si se desinteresa de ella, esta conducta se traduce, generalmente, en una decisión adversa.

La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que además, le indica al juez como debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

Ahora bien, este concepto de carga de la prueba, no es sino una aplicación a la materia probatoria del concepto general de la carga procesal. De acuerdo con COUTURE, “la carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.”⁹⁷

A través de la carga de la prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso, en otros términos, la carga de la prueba precisa a quien corresponde probar.

La necesidad de aplicar esta noción surge cuando han quedado hechos sin prueba o fueren dudosos o inciertos, pues se trata de determinar quien debía aportar la prueba, si el que se limitó a afirmar su existencia o el que se redujo a negarla; ya que el Juez de cualquier manera debe dictar sentencia, toda vez que no puede abstenerse de hacerlo.

⁹⁷ CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. Teoría General del Proceso, quinta edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Pág.372 y ss.

La carga de la prueba le indicará al fallador el contenido de su pronunciamiento, pues partiendo de los hechos no probados, estimará la pretensión o la defensa, según el caso.

Es necesario que aparezca probado el hecho de la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del Juez o de la contraparte.

La necesidad surge de la representación que hace la parte, de conseguir un resultado adverso si un determinado hecho no aparece probado.

Quien prepara una demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso, y por tanto, sabe de la necesidad que aparezcan demostrados.

La carga de la prueba le permite al Juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien incumplió. El Juez debe procurar, con el decreto oficioso de pruebas investigar los hechos; pero si ello no es posible, por inercia de la parte a quien le interesaba que el hecho apareciera demostrado, debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga de la prueba.

7.2 TEORÍA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Este concepto está ligado al de presunción, se presenta básicamente cuando un texto legal, como en el caso del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, consagra a cuál de las partes le corresponde la carga de la prueba y además establece los criterios según los cuales se debe aplicar dicha regla de manera general, y posteriormente por una norma o presunción jurisprudencial o legal, la carga que había sido establecida como regla general se invierte en el caso concreto, recayendo esta sobre quien por regla general estaría exonerado.

En materia de responsabilidad médica el sistema de falta o falla presunta es en últimas una inversión de la carga de la prueba, es así como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, establece: “Incumbe a las partes el deber de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”

Ese es el dogma tradicional de la carga de la prueba según el cual, en principio, incumbe al demandante. Sin embargo, por el advenimiento de nuevos ideales de la ciencia jurídica y el desgaste de la administración de justicia ante la realidad de los conflictos de intereses, nuestros doctrinantes y juristas vieron la necesidad de buscar alternativas de la distribución de la carga de la prueba para que el demandante no se desgastara en el esfuerzo de probar hechos o

situaciones a veces de difícil prueba, o que por contraste, podía probar con mayor facilidad el demandado, aligerando un poco la noción normal de carga de la prueba.

Teniendo en cuenta las dificultades que presenta para el actor y para el esclarecimiento de los hechos imponer en este la carga de la prueba de la culpa médica, la jurisprudencia patria, ha optado por la creación de teorías probatorias que morigeren esa carga. De ahí que la inversión de la carga permite acercar al juez a la noción de lo justo, pues éste conocerá y entenderá de primera mano el procedimiento médico realizado, y a su vez se amplía el criterio de justicia en relación con el demandante, quien no se introducirá en la comprensión de los intríngulis científicos, sino que acreditará el daño.

Los tratadistas patrios, aluden al tema de la carga dinámica de las pruebas. Entre los cuales se destaca al Dr. Javier Tamayo Jaramillo, quien sobre el particular señala:

“No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que tradicionalmente incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En ese orden de ideas, el Juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir de un principio general de presunción de la culpa, todo depende pues del caso concreto.”⁹⁸

También sobre este aspecto, el profesor Luis Guillermo Serrano Escobar sostiene:

“La prueba de la culpa del médico, como una condición necesaria para establecer la responsabilidad profesional, es una carga que puede resultar muy difícil para el demandante, ya se trate del paciente, víctima, o de sus familiares, que en más de las veces genera impunidad en materia civil, pues el paciente se encuentra limitado para determinar probatoriamente lo que sucedió en desarrollo de la atención o de la intervención de que fue objeto, pues por regla general es lego en estas materias, por tanto, desconoce el diagnóstico y el tratamiento para recibir, adopta una actitud pasiva en la relación médico-paciente, y si se trata de intervención quirúrgica, las más de las veces está anestesiado o inconsciente. De manera que exigirle al paciente, en esas circunstancias, que pruebe la culpa del médico, como una condición sine qua non para que se declare la responsabilidad patrimonial, es tanto como negarle el derecho a la reparación de los perjuicios de los que ha sido víctima, pues convierte ese derecho ilusorio, que si bien formalmente existe, en la práctica se hace imposible de materializar, pues el demandante poco o nada puede hacer para demostrar la conducta médica seguida, más aún cuando las “pruebas

⁹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud, primera edición. Biblioteca Jurídica Diké, pág. 91.

reinas” en esta materia son elaboradas por los mismos médicos; así, si se trata de la historia clínica, esta es elaborada por el personal médico tratante, dejada en depósito de la entidad asistencial, lo cual limita el acceso inmediato a ésta por parte del paciente, que es la práctica generalizada en nuestro medio, lo que le resta credibilidad a este documento; y si se trata de peritaje, que para estos casos es rendido por colegas de los profesionales que son objeto de demanda, que en ciertos eventos, que no son pocos, por colegaje, por solidaridad o por espíritu de cuerpo, no colaboran con el esclarecimiento de los hechos, ni qué decir de los testigos, los cuales en su mayoría son los profesionales de la salud de enfermería, que o bien tuvieron algo que ver con los hechos, o son allegados de los implicados, por relaciones de amistad o de trabajo”⁹⁹

La estructura de la inversión de la **CARGA DE LA PRUEBA**, “pretende”, generar en el Juez mayores criterios de realidad, en favor de la víctima en relación con quien soporta el daño, respecto de situaciones de difícil prueba.

Desde luego, si se aplica de manera estricta la inversión de la carga de la prueba, el juez debe esforzar su criterio y asumir una posición, si se quiere, igualmente preocupada, para no perjudicar a la parte gravada con la inversión de la carga. Adviértase que así el demandado correría con la carga de probar aspectos que en principio incumbían al actor y que por virtud de la inversión se le exigía a éste su comprobación.

En temas de tanto cuidado el juez debe utilizar los poderes que en materia de pruebas le concede el Código de Procedimiento Civil. La perspectiva de la inversión idóneamente aplicada redundaría en beneficio del proceso, pero exacerbada en relación con uno de los extremos, implicaría una prueba ideal imposible si no se complementa en la mayoría de los casos con el dictamen pericial y, desde luego, con el prudente juicio.

7.3 CARACTERÍSTICAS Y ASPECTOS A TENER EN CUENTA A LA NOCIÓN CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

Se pueden destacar algunas características respecto a la teoría de la carga dinámica de las pruebas:

- a) No se tiene en cuenta la posición de demandante o de demandado para distribuir la carga.
- b) Se atiende a la naturaleza de los hechos que deben ser probados, en cuanto éstos sean técnicos, especializados o de difícil prueba.
- c) Frente a hechos médicos especializados, se aplica de acuerdo con la dificultad probatoria.
- d) No tiene consagración expresa en la legislación de manera general ni para el caso de la responsabilidad médica. Esta obedece a una elaboración jurisprudencial.

⁹⁹SERRANO ESCOBAR. Op. Cit.,, pags 241 y ss.

- e) Se aplica jurisprudencialmente en los casos de responsabilidad médica, pero no de manera uniforme.
- f) No determina desde los albores del proceso, quien tiene, a juicio del operador jurídico, la carga de aportar la prueba, pues éste es quien sufrirá las consecuencias negativas de la decisión cuando ésta no se aporte.

Se pueden evidenciar los siguientes principios:

- a) colaboración inteligente y activa entre el juez y las partes.

La inteligencia y si se quiere la 'astucia', deben ser utilizadas para descubrir la verdad. Y sobre ellas solucionar el conflicto. Aquéllas no deben ser bien miradas cuando se 'agazapan' para proteger un interés individual y egoísta, sino por el contrario, cuando se utilizan con criterio solidario para que se pueda cumplir con el servicio de justicia¹⁰⁰.

Con ese criterio de colaboración inteligente (jalonado hacia el campo de la obligación) se muestra la vía para exigir solidaridad en la consecución de la prueba, para que se pueda cumplir, como ya se dijo, con la prestación del servicio de justicia.

Dentro de ese mundo, con exigencias precisas de colaboración inteligente y solidaridad, se pueden hacer afirmaciones como: "... Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, sin en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan...".

En esta sentencia del Consejo de Estado¹⁰¹ radica la carga de la prueba no en cabeza de quien le conviene la prueba del hecho, sino que dentro del universo señalado, la impone con criterio de solidaridad, al más inteligente, al más

¹⁰⁰ MORELLO M. AGUSTO. Tendencias modernas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), págs.13 y ss.

¹⁰¹ Al Señor R.M. se le debía realizar una cirugía encaminada a conseguir la reparación de unas lesiones auditivas, y resultó, como consecuencia de la intervención aludida, con afectación del nervio facial. Y dice el CONSEJO DE ESTADO de Colombia, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, lo siguiente: "Estima la Sala que para cirugía de esta naturaleza, en las que pueda resultar comprometido el nervio facial, se requiere una especial conducta quirúrgica, complementada con un instrumental y equipo especial de cirugía que le facilite la labor al cirujano y, por consiguiente, le garantice en alto porcentaje un resultado favorable para el paciente.

"El respecto, se infiere del acervo probatorio la aludida falla, pues lo cierto es que de una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasa inconsulta e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y del cual el mayor interesado y afectado nada sabía, pues así mismo, enseña el proceso que dentro de los exámenes preparatorios no se atendió el estado del nervio facial pues sobre el particular se omitieron los estudios necesarios, lo cual género, como era apenas natural, que la lesión de dicho nervio tomara al cirujano desprevenido y lo llevará a cumplir su labor en torno del facial sin los aditamentos, sin la preparación y sin los estudios previos para enfrentar las complicaciones quirúrgicas que surgieron, como en efecto surgieron al seccionarse totalmente el facial derecho con los resultados conocidos, frutos de una conducta imprudente y contraria al buen sentido que debe regir el ejercicio de la medicina, esta sin contar con la situación psicofísica del paciente cuya confianza no sólo en el cirujano, sino en los servicios médicos oficiales, se vio burlada e irrespetada al someterla a un riesgo quirúrgico para el cual no había sido examinado, ni preparado, mucho menos advertido (Sentencia de Julio 30 de 1992. Expediente 687. Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández).

cualificado cuando dice: “ ... los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico...”.

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento...”.

b) El derecho a la prueba y la carga de la prueba.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Se lee textualmente: “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”. Lo anterior significa que en forma natural, sin un esfuerzo sobrehumano, la persona tiene derecho a conseguir la prueba que le permita demostrar la bondad de su pretensión.

La Corte Suprema de Justicia hablando de la simulación ha dicho:

“Por contraste, dado el sigilo en que están empecinados, procurarán que la luz no invada lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, con tintes de proeza¹⁰². Esa expresión de la Corte ‘con tintes de proeza’, no debiera ser una realidad frente al texto constitucional; sin embargo lo es; por ello en este tema de la simulación y otros como lo diremos adelante hay que hablar de ‘qué hecho le queda más fácil que el derecho a la prueba de la otra parte no sea retórica, sino realidad. Exigir proezas, para que una parte consiga la prueba, es negarle el derecho a la prueba”.

Debe entonces reiterarse este derecho a presentar pruebas; implica igualmente el derecho a conseguirlas, todo ello dentro de las valoraciones comunitarias. Sostiene Morillo: “Si la Constitución Italiana estampa como emblema que es inherente al derecho de las partes ‘defenderse probando’ (art. 24), va de suyo que no se accederá a una protección judicial cabal, adecuada, eficaz, de esa garantía fundamental, si no se la desplaza de lo ‘rabiosamente’ formal, para reacomodarla al tenor de los ostensibles cambios de la política jurídica y de lo que de ella hoy se espera, según las valoraciones comunitarias que, respecto del servicio de justicia modernamente, le está asignado al derecho de la prueba”¹⁰³.

¹⁰² Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra, 11 de Junio de 1991.

¹⁰³ MORELLO M., AUGUSTO. La prueba. Tendencias modernas. Abeledo- Perrot. Buenos Aires (argentina) 1991, pág. 15

El artículo 24 de la Constitución Española dice: "... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa..."¹⁰⁴.

El derecho a la prueba significa muchas veces que a pesar de que a una parte le interesa (incumbe probar un hecho) probar un determinado hecho, la carga de demostrarlo debe soportarla la otra, "por resultarle más fácil desahogarla".

c) la igualdad de las partes en el proceso y la carga de la prueba.

La reacción contra la igualdad formal permitió acuñar la frase: "Tratar como 'iguales' a sujetos que económico y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia".

Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige como hemos visto que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o las más de la veces, esa noción de carga sirve de Celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho total para el proceso.

La verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue. Esto fue lo que hizo el Consejo de Estado de Colombia, en la jurisprudencia multicitada. Puede intuirse, en muchas construcciones jurisprudenciales, aplicación larvada del que puede llamarse principio, de poner en cabeza de quien le queda más fácil la carga de la prueba.

Ha dicho el Consejo de Estado:

"Cuando un agente de los cuerpos armados del Estado infiere un daño con su arma de fuego, se presume que ésta es de dotación oficial; la prueba en contrario es de cargo de la entidad demandada.

¹⁰⁴ Dice el artículo 24 de la Constitución Italiana: "Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos.

La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o fase del proceso.

Mediante instituciones adecuadas se garantizarán a los pobres los medios para actuar y defenderse ante todas las jurisdicciones.

La ley determinará las condiciones y los procedimientos para la reparación de los errores judiciales".

El artículo 24 de la Constitución Española dice: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

"2. Así mismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Sobre la anterior presunción se monta otro, el daño causado con arma de dotación oficial se presume cometido por una falla del servicio; es lo que se ha denominado el régimen de la falla presunta”¹⁰⁵

Obsérvese el siguiente caso concreto:

“Cuando una gran empresa tiene un sistema centralizado en ordenador de todas las operaciones y es demandada por un pequeño suministrador, cuyo único documento y prueba es un albarán que dice firmado por un ex empleado de aquella que se encuentra ilocalizable, si aplicáramos los criterios anteriores y la gran empresa se hubiera limitado a negar la recepción de la mercancía, tendríamos que llegar normalmente a la absolución de la demanda por falta de pruebas. El criterio de la facilidad supondría, en este caso, que sería muy sencillo para la demandada no limitarse a negar y adoptar una actitud procesal negativa, sino actuar positivamente presentando la ‘sábana’ diaria del ordenador para acreditar que en aquel día no se realizó esa operación. Si para la empresa demandada es más fácil que el demandante realizar contra prueba, a ella debe incumbirle la carga”¹⁰⁶.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en cierta forma ha dejado entrever un respaldo al criterio de que la prueba debe ser suministrada en determinados casos por la parte a quien le queda más fácil, en efecto en una acción de tutela dijo:

“Secundariza los derechos fundamentales y excluye criterios de dinámica probatoria que abogan por un delicado equilibrio de carga habida consideración de la posibilidad y facilidad probatoria”

¹⁰⁵ Sentencia de Abril 21 de 1994. Expediente 6991. Mag. Pon. Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

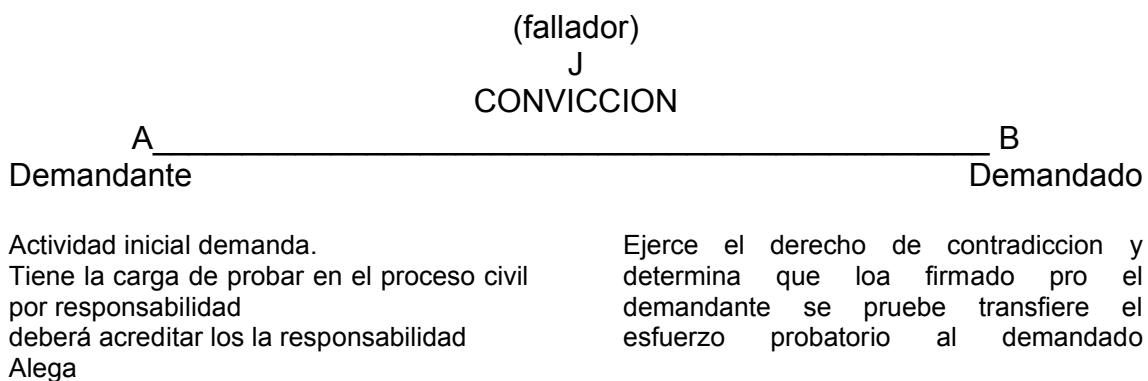
¹⁰⁶ MONTERO AROCA, JUAN. ORTELLIS RAMOS, MAUEL. GÓMEZ COLOMBER, JUAN LUIS. Derecho jurisdiccional, Proceso civil. Tomo II, Segundo Edición, Librería Bosch, Barcelona (España), 1989,pág.221.

7.4 GRÁFICOS QUE EXPLICAN LA CARGA DE LA PRUEBA.

Gráficamente, la carga de la prueba la podemos explicar así:

GRÁFICO 1 (ART. 177 de1 C. P. C)

NOCIÓN CLÁSICA



EL DAÑO

EL ACTO REALIZADO— NEXO CAUSAL —NIEGA ESTOS ELEMENTOS
CULPA.

GRÁFICO 2

INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

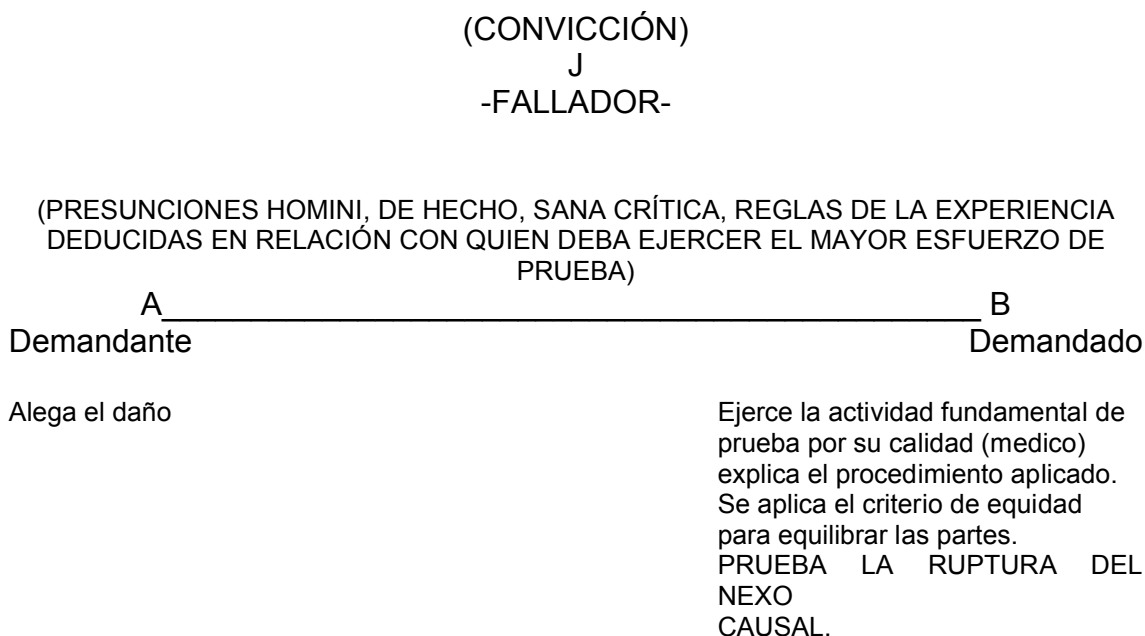
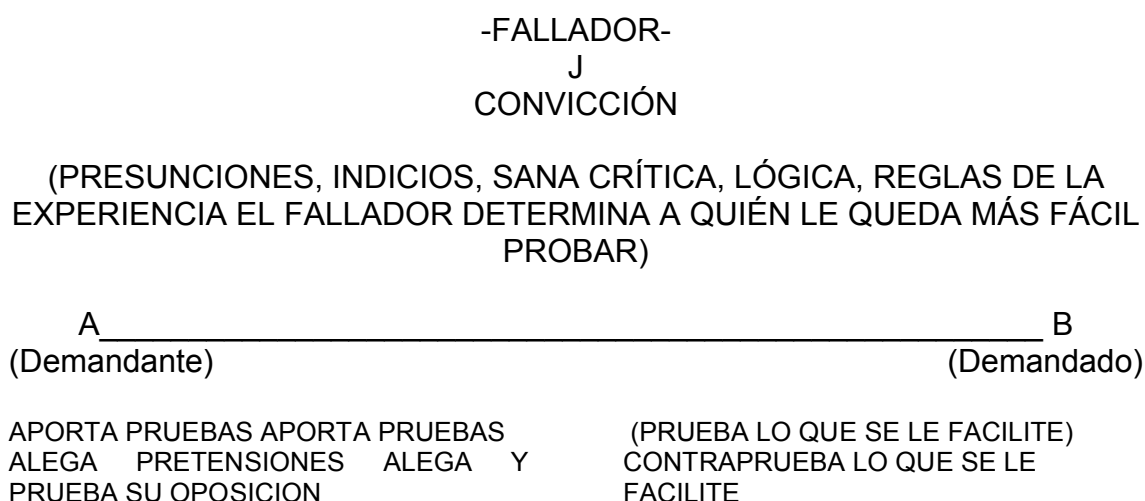


GRÁFICO 3

CRITERIO DINÁMICO O SOLIDARIO, O DE FACILIDAD DE PRUEBA



Con fundamento en los anteriores gráficos se reiteran los argumentos ya expuestos en cuanto a la noción de carga de la prueba, y se pretende que el lector determine con una guía más clara, la manera como se concibe la carga de la prueba: partiendo de una noción clásica, el demandante ejerce la mayor parte del esfuerzo de prueba-gráfico 1-; posteriormente, de acuerdo con la inversión de la carga, le corresponde al demandado hacer ese esfuerzo probatorio en concreto en los procesos de responsabilidad de los médicos servidores de los establecimientos de salud de naturaleza pública, con los cual se quiso romper un paradigma, mediante la inversión de la carga, pero se creó otro, por cuanto las dificultades de prueba que tenía el demandante (en la noción clásica) para demandar, simplemente, se trasladaron al demandado en la inversión de la carga, para la prueba de su diligencia y prudencia (gráfico 2). Después se atenúa la inversión de la carga y se establece que ambas partes ejercen actividad probatoria equilibrada, estableciendo el juez, de acuerdo con el caso, a quién le queda más fácil probar (gráfico 3)¹⁰⁷

7.5 LA PRUEBA DE LA CULPA MÉDICA

La culpa médica puede definirse como la culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada Lex artis o Lex artis ad hoc...¹⁰⁸

La culpa, probada o presunta, es elemento indispensable para que pueda reclamarse la responsabilidad civil.

Con relación al tema de la culpa, existe unanimidad frente a su naturaleza de elemento generador de responsabilidad, así como de su definición. Su mayor dificultad gravita en establecer a quién le corresponde probar, es decir, si al profesional le corresponde establecer que actuó con diligencia y cuidado o al paciente demostrar que el galeno actuó con imprudencia, negligencia, impericia o por un error de conducta

Pero, según el caso, la carga de la prueba (onus probando) será distinta. En un contrato que contenga obligaciones de resultado, el incumplimiento genera “responsabilidad objetiva”. Así el médico que no obtiene el resultado prometido, deberá indemnizar y el paciente que demande debe probar el perjuicio, pues en este caso, la culpa del profesional y la relación de causalidad se dan por existentes. Esta teoría se fundamenta en los factores de imputación como el riesgo, la solidaridad, la equidad y la convivencia pacífica, descargando en el médico la obligación de probar las causas eximentes de la culpa.

En las obligaciones de “medio” originadas en un contrato, el médico adquiere una “responsabilidad subjetiva” y responderá por los daños y perjuicios si el paciente prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. En

¹⁰⁷ PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Carga de la Prueba en la responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2004. Pág.32.

oposición a la tesis anterior, esta teoría, fundamenta la obligación indemnizatoria en los factores de imputación como el dolo y la culpa. Es decir, que la prueba de la falta de cuidado, diligencia o previsión está a cargo del paciente. Liberándose el médico a su vez, si en el proceso se demuestra que actuó con la diligencia y cuidado debidos para el caso (Lex artis ad-hoc).

En las obligaciones surgidas por fuera de los límites de un contrato de prestación de servicios médicos, el médico deberá indemnizar si el demandante prueba que ha incurrido en culpa, de cualquier entidad que esta sea, es decir, grave, leve o levísima. En cualquiera de los eventos señalados el médico no será responsable civilmente si demuestra que el daño se ha presentado por una de las causales de exoneración: fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima. Ello siempre que demuestre que empleó la diligencia y cuidado para hacer posible la ejecución de su obligación.

Por regla general corresponde al actor probar que el profesional de la medicina actuó en forma errónea e incurrió en alguna de las causales de culpa. Esta regla se extrae de la lectura de las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil que desarrollan el principio de "onus probando incumbi actori", que disponen:

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta" (Código Civil. artículo 1757). "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (Código de Procedimiento Civil, art 177).

Lo anterior significa que tratándose de un contrato del que han nacido obligaciones para las partes, la responsabilidad del médico por su inejecución o su ejecución defectuosa, corresponde probarla al actor, debiendo acreditar todos sus elementos (daño, culpa y relación de causalidad). Ahora si el médico pretende eximirse de la responsabilidad por la cual se le demanda, debe probar que actuó con diligencia y cuidado o que existió caso fortuito. Quedando entonces a cargo de cada una de las partes la obligación de probar los extremos de la litis.

En la responsabilidad médica, las obligaciones de los deudores son de medio. El médico se obliga a dar todos los cuidados científicos al paciente, independientemente de que se obtenga el resultado deseado por el acreedor. Esta distinción entre obligaciones de medio y de resultado se ve un poco turbia en el derecho colombiano, puesto que el artículo 1604 del Código Civil, produce un desencaje total de las instituciones de nuestro derecho civil. En efecto, cuando dicha norma clasifica la gravedad de la culpa, da a entender que todas las obligaciones son de medio, pues el acreedor tendría la obligación de establecer el grado de culpabilidad del deudor; en cambio el inciso 2° de la misma norma parece determinar que todas las obligaciones son de resultado, ya que, según el citado inciso, al deudor le corresponde demostrar la diligencia y cuidado, es decir, se presume su culpa.

Respecto a la situación actual de la jurisprudencia colombiana, frente al tema de la responsabilidad médica, resulta indispensable distinguir los campos de responsabilidad contractual y de la extracontractual.

En lo que se refiere a la responsabilidad de carácter contractual, tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido la tesis de la distinción entre obligaciones de medio y las obligaciones de resultado para fundamentar la responsabilidad de los profesionales en general y los médicos en particular, sobre bases subjetivas, afirmando que *“siendo los profesionales de salud prestadores de un servicio, asumen esencialmente obligaciones de medio y sólo excepcionalmente responden por un resultado específico, de tal manera que su responsabilidad civil se establece si el usuario del servicio, víctima de los daños causados con motivo del ejercicio de la actividad profesional, está en capacidad de probar la culpa, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia del respectivo profesional, por lo tanto no es suficiente para establecer la responsabilidad del médico la demostración por parte del paciente de la ausencia de curación.”* (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de enero 30 de 2001. M.P José F. Ramírez.)

En la citada sentencia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, ratifica su tesis de culpa probada en materia de responsabilidad médica, afirmando que el artículo 1604 del C.C. en su último inciso consagra una excepción a este principio general de la presunción de culpa, aplicable a la responsabilidad médica, excepción esta que se refiere a la existencia de normas especiales, que finalmente la Corte no explicó, ya que se consideró relevada de esta obligación, sin justificación alguna, lo cual genera enormes dudas sobre la solidez de sus argumentos.

De igual manera en lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, esta Corporación reitera su doctrina de la culpa probada, rechazando totalmente la tesis anterior que había fundamentado la responsabilidad del médico en el artículo 2356 del C.C, por considerar esta actividad riesgosa para los usuarios del servicio de salud.

La reacción de la Sala de Casación Civil frente a la aplicación del artículo 2356 del C.C. respecto a la responsabilidad médica, se orienta en el sentido de afirmar que la actividad de los médicos, no es una actividad peligrosa, tal vez haciendo referencia a la antigua jurisprudencia de la famosa “Corte de Oro” que en 1938 desarrolló la doctrina de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, desconociendo la evolución que ha tenido esta doctrina en los último 70 años, en virtud del cual el concepto de peligrosidad a que se refería la Corte en 1938, ha sido sustituido por el concepto de riesgo, en sus diferentes modalidades de riesgo creado, provecho o beneficio y riesgo profesional como fundamento de la responsabilidad.

No obstante lo anterior, es necesario anotar, como lo ha hecho nuestra Corte Suprema de Justicia, que antes de abordar el análisis de los elementos de la

prueba de la culpa médica, se debe tener en cuenta el carácter aleatorio de la medicina, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y la preparación académica del profesional.

El problema de la carga de la prueba es de concepción del derecho, aspecto que se extiende al ámbito médico en punto a la culpa. Y se extiende a este aspecto, en consideración a que el profesional de la medicina y el establecimiento médico gozan de todas las posibilidades para probar los hechos, u ocultar información, dejando expósito al demandante.

7.5.1 DERECHO COMPARADO

ARGENTINA:

“En un principio, la carga de la prueba de la culpa profesional estaba en cabeza del reclamante (el paciente o sus familiares) y al respecto no se admitían excepciones. A posteriori, fines de la década del 80, y por influjo de la doctrina y jurisprudencia extranjera se comenzó a aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, encontrándose algunos antecedentes jurisprudenciales que lisa y llanamente invertían la carga de la prueba de la culpa, poniendo en cabeza de los profesionales la prueba de su obrar diligente como regla general.

En la actualidad se ha llegado a un punto medio según el cual la regla sigue siendo que la culpa profesional debe ser probada por quien la alega, se admite esto es el paciente o sus herederos. No obstante ello, en situaciones excepcionales es la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que pone la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinados hechos.

Asimismo se suele recurrir a la aplicación de la prueba de presunciones que por lo general están admitidas en los códigos procesales.....”

Así, se expresa en uno de los fallos...“En materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél demandado). No basta pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea, la causación del daño médico para deducir *sic et simpliciter* el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al *alterum non laedere* provoque antijuridicidad, que es asunto diverso... Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar”

Respecto de las cargas probatorias "las reglas de la carga de la prueba se tornan importantes en los casos en que no se ha podido recolectar pruebas suficientes como para avalar certeramente las afirmaciones de las partes intervinientes en el proceso.

De ahí que cuando existen pruebas concretas sobre la verdad de los hechos alegados por uno de los litigantes, resulta innecesario apelar a las reglas de la carga de la prueba.

En la doctrina se han elaborado ciertas reglas relativas para que el Juez cuente con ellas y sepa cual de las partes ha de sufrir las consecuencias negativas que provoca la falta de certidumbre sobre los hechos en debate.

Para la doctrina tradicional la carga de la prueba de la culpa del médico recaía sobre el paciente o sus herederos. Es esta la famosa "prueba diabólica".

Estas reglas han sufrido un fuerte golpe con el advenimiento de las cargas probatorias dinámicas, según estas, se considera regla de distribución el criterio de adjudicarla a la parte que en mejores condiciones este de producirla.

Es difícil la situación del paciente cuando se encuentra en la posición de demostrar la culpa del médico. Desde el lado del médico sucede todo lo contrario. Tratándose de una obligación de medios, el profesional no necesita probar el caso fortuito pues le basta demostrar que no hubo culpa de su parte, y esto no es la demostración de un hecho negativo sino algo distinto, se satisface su prueba con acreditar la no culpa y esta consiste en haber obrado correctamente.

Al respecto en un exhaustivo análisis de la jurisprudencia la jurista KEMELMAJER DE CARLUCCI, mendocina, ha sostenido que "los jueces siguen afirmando que la carga de la prueba de la culpa médica incumbe al actor, pues el profesional solo asume obligaciones de medios"

En Conclusión al tema de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar no existen presunciones legales-generales- de culpa. Esto significa que no existe una inversión general de la carga de la prueba de la culpa de los médicos, y por lo tanto la regla es que al paciente le corresponde cumplir con ese imperativo procesal: probar la culpa.

Lo que sucede es que ante tal dificultad, cobra fundamental valor la de presunciones.

Es el paciente quien debe entonces probar todos los hechos reveladores que luego formarán en el Juez la convicción que lleve a tener por probada la culpa galénica."¹⁰⁹

¹⁰⁹ http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf

CHILE

“La presunción de inocencia no rige con la misma intensidad en el ámbito civil que en el ámbito penal. La prueba de la culpabilidad de los médicos es extremadamente compleja, y se presume que ejercen una solidaridad corporativa, por ello se instauran unos principios de prueba, que ya se pusieron en práctica en el régimen de la responsabilidad de arquitectos y constructores, que exigen que en ocasiones el médico deba justificar cualquier desviación del régimen ordinario de evolución de la enfermedad o su tratamiento.

En los supuestos en los que se ha producido un daño anormal y desproporcionado (al que se pone distintos nombres de acuerdo a los efectos que se le atribuyen) se considera en ocasiones necesario que deba ser el médico el que justifique que ese daño. Corresponde a la regla romana "*res ipsa loquitur*" -la cosa habla por sí misma- y se refiere a un resultado incoherente que debe permitir inducir una regla de negligencia. Una cierta inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad (cuyos principios y límites son debatidos).

Por una u otra razón muchas sentencias parten de la exigencia de imponer sobre el médico la carga de justificar el daño inusual y desproporcionado.

La inversión de la carga de la prueba en los supuestos de daño inusual y desproporcionado se justifica desde diversas perspectivas; en la ley civil chilena el deber de probar recae sobre el médico que por sus propios conocimientos técnicos y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Otras teorías son más objetivistas y justifican la inversión de la carga de la prueba en la teoría del riesgo indebidamente asumido: el daño desproporcionado debió ser previsto y evitado, o al menos advertido, por el profesional. La teoría de la presunción social del riesgo, justifica la inversión de la carga de la prueba en que el riesgo inusual y desproporcionado debe ser asegurado para que pueda ser cuantificado, pues solo así se pueden conocer y cuantificar los daños reales que produce la actividad médica.

Desde el 2003, ha habido una aplicación posterior más prudente y restrictiva de esta teoría del daño inusual y desproporcionado, y según una sentencia del 2005 la responsabilidad médica exige ante todo el reproche culpabilístico y la demostración de la relación de causalidad y de la culpa. Muchas sentencias recientes son partidarias de exigir rigurosamente la prueba del nexo causal; así, por ejemplo descarta su aplicación a la lesión de un nervio facial en el curso de una operación, y lo considera un “riesgo típico”; en otra sentencia se afirma que el hospital no puede ser responsable de la muerte de una niña al caerse de la cama; en el 2006 un tribunal se niega aplicarlo a una hepatitis que se manifiesta algún tiempo después de haber sido operado de un pie ya que “no

habiéndose probado la relación de causalidad entre infección, falta de control médico y el resultado de la pseudo artritis padecida por el actor, siendo ésta una complicación muy grave de las fracturas óseas consistente en la falta de consolidación de las mismas, siempre posible y no controlable”

En una sentencia del 2009 se matiza que no hay presunción de culpabilidad sino únicamente exigencia de una explicación razonable y que es la falta de esta explicación la que podría originar la presunción de culpa “El daño desproporcionado, según reiterada doctrina de esta Sala, no comporta en sentido propio un criterio de imputación por responsabilidad objetiva fuera de los casos previstos en la ley sustantiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal. El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia”. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi” de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan)”

La sala 3 parece sin embargo continuar utilizando con menos pudor que la sala primera la teoría del daño desproporcionado. La STS (3) 23 de febrero de 2009 afirma que “si, a partir de circunstancias del daño desproporcionado. La STS (3) 23 de febrero de 2009 afirma que “si, a partir de circunstancias especiales debidamente probadas y acreditadas, se obtiene, mediante un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano, que el daño que sufre el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la lex artis”¹¹⁰

¹¹⁰ www.scribd.com/doc/.../Responsabilidad-medica-2009

9. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA

En esa evolución pretoriana del Consejo de Estado Colombiano, comenzó por acoger parcialmente la teoría francesa tradicional, según la cual la falla o culpa médica debía probarse, pues las entidades hospitalarias y los médicos en general sólo contraen una obligación de medio. En ese primer momento se imponía al demandante probar la falla del servicio, esto es, la negligencia del Estado en su actuar.

En ese sentido el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, expresa que “Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que tanto en la responsabilidad civil como en la del Estado, la culpa o falla debe ser probada en caso de demandas por daños derivados de la prestación de un servicio de salud. Se dice, generalmente, que la obligación del médico es de medio, poco importa que el acto médico sea en sí mismo peligroso o riesgoso. Se dice que el aleas de la intervención médica impide imponerle al médico una obligación de resultado.”¹¹¹

Los argumentos anteriores significan que el demandante en un proceso de responsabilidad médica ante la jurisdicción contenciosa o civil ordinaria, debía probar la negligencia del galeno, como quiera que a sus obligaciones se las concebía como obligaciones de medio, en relación con las cuales no era legal exigirle un resultado, por cuanto el “alea” es un elemento propio del suceso, de los acontecimientos de imposible dominio absoluto por la condición humana del facultativo. Hasta ese momento el Consejo de Estado aplicó la noción clásica de la carga de la prueba, por cuanto si el demandante no probaba la negligencia configurante de la falla del servicio, no podían prosperar sus pretensiones. Además, como se atribuye negligencia y se refiere a un factor subjetivo de atribución, es procedente que el médico alegue diligencia y prudencia como elementos de exoneración

Sin embargo, a partir de octubre 24 de 1990, esta Corporación, empieza un crucial y revolucionario viraje que culmina con la admisión de un principio general, según el cual, se presume la falla del servicio médico, pues en virtud de la denominada teoría de la carga dinámica de las pruebas, al médico le queda más fácil demostrar que obró con diligencia y cuidado, que al paciente demostrar la culpa del médico. El primero de esos fallos, acude a la aparente presunción de culpa establecida en el artículo 1604 del código civil, para motivar su decisión. Posteriormente, en sentencia del 30 de junio de 1992, el Consejo de Estado, en motivación que se repite desde entonces, abandona la fundamentación del primer fallo citado, valiéndose esta vez, de argumentos radicalmente distintos.

¹¹¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado, el Daño Antijurídico, el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Editorial Temis, pág. 154.

En dicha sentencia se parte de la premisa que al médico le queda siempre posible establecer que actuó con diligencia y cuidado, razón por la cual se concluye que la culpa médica puede presumirse.

En la elaboración jurisprudencial del Consejo de Estado, frente al caso específico de procesos de responsabilidad médica, ha establecido cuál debe ser la actividad probatoria del galeno:

“La prueba de la diligencia y cuidado para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración que al paciente se le otorgó una atención adecuada”.

Esa Honorable Corporación ha sido enfática en expresar que la naturaleza que asumen las obligaciones a cargo de los profesionales de la salud, no está en sanar al enfermo, sino en determinar que se hizo lo previsible y exigible, de conformidad con la Lex artis, sin embargo, aclara que le son exigibles a los profesionales de la medicina hechos específicos, como por ejemplo, la preparación del paciente antes de la intervención quirúrgica, de modo que si el profesional incumple con esta obligación se acreditan en su contra elementos de juicio configurantes de culpa. Es importante precisar que esta acreditación se debe hacer con fundamento en el caso, es por ello que el criterio de la carga de la prueba no tarifa la inversión de la carga, sino que deja una regla abierta para la apreciación del Juez en el caso concreto.

Tal argumento se explica a partir de la revisión del régimen de la falla presunta en la decisión proferida el 10 de febrero de 2000. En la citada sentencia, se afirma que el problema de la inversión de la carga de la prueba se originó en el postulado de las cargas probatorias dinámicas, que procuran aplicar la equidad, conforme a las normas constitucionales, aspecto que podría originar la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior significa, que la noción de carga de la prueba pierde su protagonismo rígido, bien sea en su concepción clásica o en la inversión para centrar el punto de atención en la justicia del caso.

Así se expresa en la sentencia referida:

“...No obstante, dijo (se refiere a la decisión proferida por el Consejo de Estado el 10 de febrero de 2000, expediente 11878) que la aplicación del régimen de falla presunta en todos los casos de responsabilidad derivada de la prestación del servicio médico asistencial ha puesto en peligro su propio fundamento, dado que en realidad, no todos los hechos relevantes para establecer si las entidades públicas demandadas obraron debidamente en la prestación de dicho servicio, tiene implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, entonces, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. En algunas situaciones será, sin duda el paciente quien se encuentre en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la conducta de la entidad respectiva. Y allí se encuentra, precisamente la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible, agregó el

Consejo, ante el recurso obligado al régimen citado, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”.

“Será el Juez quien deba establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar la falla que produjo el daño cuya indemnización se reclama, de manera que las cargas probatorias podrán invertirse, eventualmente, dadas las condiciones especiales del caso, sin que de ello pueda resultar una regla de aplicación general”.

Pero la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado llega más lejos, ya que en fallos posteriores, postula no sólo la presunción de la falla médica, sino que también pregona una presunción de causalidad, hasta el punto de que si la causa del daño del paciente permanece desconocida, la entidad demandada es declarada responsable.

El estado actual de jurisprudencia nos indica que en la responsabilidad del Estado no sólo se presume la falla del servicio médico, sino también la relación de causalidad entre dicha falla y el daño. A la entidad demandada le corresponde demostrar cuál fue la causa del daño y cuál fue la diligencia y cuidado empleada.

Esta teoría se encuentra acuñada en la sentencia del 3 de mayo de 1999, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque. Así expresa la sentencia citada:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los acontecimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueban dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”.

Del análisis y la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica, se puede destacar:

En primer lugar, la práctica jurisprudencial muestra que son válidos los temores en el sentido de que es casi imposible desvirtuar la presunción. Pues en la minoría de los casos, se absuelve a la entidad demandada, y en la mayoría de los casos por el contrario, se condena al Estado bajo el argumento de que las presunciones de falla y causalidad no fueron desvirtuadas, o cuando ésta no demostró haber empleado la diligencia y cuidado requeridos.

En segundo lugar, el Consejo de Estado, unas veces aplica únicamente la

presunción de falla, mientras que en otras oportunidades presume no sólo la culpa, sino también la causalidad. Esa dualidad de criterios le crea una gran inestabilidad a la administración de justicia y dificulta el desarrollo pacífico de la orientación jurisprudencial.

Por otro lado, pese a que los fallos hablan expresamente de la presunción de falla, lo cierto es que, en muchos de ellos la falla no aparece probada con suficiencia. Así las cosas, sólo en muy pocas oportunidades, se aplica realmente la presunción de falla.

Consideramos que no es necesario que en una futura reforma legislativa, se deba introducir el concepto de carga dinámica de las pruebas, por cuanto el juez como director del proceso y el ejercicio de los poderes que la misma ley le asigna, puede imponerle al médico la obligación probatoria de ayudar a establecer las verdaderas causas del daño sufrido por el paciente, sin tener que acudir a otros criterios, como el de inversión de la carga de la prueba. No se trata de sentar un principio general de presunción de culpa médica, sino permitirle al Juez imponer al demandado, la obligación de ayudar a esclarecer la verdad de lo ocurrido, por éste haber tenido un conocimiento de manera personal y directa de los hechos sometidos a discusión y es quien sin duda alguna, puede brindar una mayor ilustración frente al tratamiento y el procedimiento dado al paciente.

Atendiendo a la conducta de los sujetos procesales en materia probatoria, puede el Juez dar por sentada la culpa al médico, quien pudiendo y estando obligado a contribuir con el esclarecimiento de los hechos no lo hace; y en tal caso puede apreciarse su conducta como indicio en su contra.

Pero aunque se llegare a consagrar legislativamente la doctrina de la carga dinámica de las pruebas, ello no podría significar el desconocimiento del principio general en virtud del cual, la culpa debe ser probada por el demandante, salvo en aquellos casos en que el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y observando la conducta desplegada por el galeno, pueda dar por establecida su culpa, a través de la prueba indiciaria. Porque de todas formas, el Juez en casos donde se ventilan este tipo de controversias, debe imponer al demandado la obligación de ayudar a esclarecer las circunstancias que dieron lugar a la acción. Porque de todas formas debe seguir primando el criterio según el cual al demandante le corresponde probar la culpa del médico.

10. POSICIÓN DE LA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA

En la forma en que lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad civil, el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole, inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico- patológicas.

A este respecto la jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940, ha sostenido, con no pocas vacilaciones, que la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo con las llamadas obligaciones de resultado; criterio reiterado en términos generales por la sala de Casación Civil en su fallo de enero 30 de 2001. En él, la Honorable Corporación puntualizó la improcedencia de aplicar en esta materia, por regla de principio, la presunción de culpa prevista en el artículo 1604 del Código Civil al sostener que, de conformidad con el inciso final de dicho precepto, priman sobre el resto de su contenido “las estipulaciones de las partes” que sobre el particular existan, añadiendo por consiguiente y no sin antes reconocer la importancia de la doctrina que diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, que “lo fundamental es identificar el contenido del alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que tuvo que asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, que el régimen jurídico específico excepciones el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.

En la referida sentencia, la Corte precisó “que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente sentar precisos criterios de evaluación probatoria”, porque es el alcance del contrato particularmente celebrado el que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida y el que permitirá “establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente;” también es de ver que en el mismo pronunciamiento la Corte dejó claro que por no ser la responsabilidad civil del médico extraña al régimen general de la responsabilidad, respecto de ella **debe operar el**

principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), el que en los precisos términos de dicha providencia, **en algunos eventos debe hacerse actuar en sentido dinámico**". (resaltos fuera del texto original).

El tema de la prueba de la falla médica y de la relación de causalidad es de gran controversia jurisprudencial, también en los eventos de responsabilidad contractual o extracontractual de los médicos o instituciones particulares.

En la citada sentencia la Corte consideró que la carga de la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado, corresponde al demandante y descartó la presunción de culpa en contra del profesional, por considerar que el riesgo que generan los actos médicos quirúrgicos no deben ser asumidos por este, en razón de los fundamentos éticos, científico y de solidaridad en razón que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente, necesario para el bienestar del paciente, y que si se quiere legalmente, imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina.

En la misma decisión al tratar el tema de los elementos de la responsabilidad contractual médica, aceptó el principio de la carga dinámica. En síntesis, puede afirmarse que "en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para este acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información." (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sent. de enero 30/2001. M.P. José F. Ramírez).

De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la alta probabilidad de su existencia, que conduciría al establecimiento de una nueva causa virtual.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que la causalidad debe ser siempre probada por el demandante y sólo es posible darla acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia.

La decisión adoptada por la Corte advierte la necesidad de buscar la justicia del caso para dejar de lado moldes prefijados o míticos en cuanto al problema de la carga de la prueba. Está demostrado, con la realidad de los hechos, que en el esfuerzo de interpretación que hace el juzgador, es creador de valores

jurídicos, motivo por el cual la hermenéutica justiprecia la verdadera determinación de la norma, entendiendo que en materia civil no operan de manera categórica los criterios de distribución de carga, como tampoco posiciones estáticas.

Al parecer la Corte se aparta de preceptos generales, tanto de carga en sentido clásico, como de inversión, por cuanto los aspectos por decidir son tan variados como complejos que, en efecto, requieren el análisis de la lógica del caso, y es aquí donde se aprecia una verdadera ruptura con las posiciones dominantes de aplicación de la carga de la prueba.

Un verdadero criterio de análisis implica la justicia del caso para adoptar una decisión en la cual el sentenciador apreciará, conforme a las reglas de la experiencia y al sentido común, la distribución de la carga de la prueba, en complemento con la prueba científica requerido en estos asuntos.

Teniendo en cuenta la posición adoptada por la Corte, la carga de la prueba, adquiere las siguientes características:

A. El onus probando puede permanecer inmodificable: Es decir, la carga fundamentalmente recae en el demandante, por cuanto su pretensión se apoya en una norma de derecho sustancial objeto de protección. Bajo el esquema tradicional en los procesos de responsabilidad médica, corresponde al demandante probar la culpa del médico, y como elemento relevante, el nexo de causalidad con el daño originado.

B. Puede el Juzgador hacer obrar presunciones judiciales. Se descarta de una vez, con la sentencia analizada que la actividad médica configura una actividad riesgosa, teniendo en cuenta que la pretensión del médico es atender el padecimiento del enfermo, configurando un motivo noble, muy distinto de las actividades que la doctrina ha denominado como peligrosas.

C. El carácter de la carga de la prueba es dinámico, de acuerdo con las circunstancias de hecho y las características del caso. Hay que advertir que sobre el supuesto de la justicia del caso concreto, se vuelve a la aplicación de la regla de juicio complementada con la libre apreciación, en donde aparece con plena propiedad la característica de la norma sustancial de la carga de la prueba. El dinamismo indefectiblemente, parte de la concepción dispositiva del proceso que se prohija la actividad idónea de las partes en materia de pruebas: se genera un trinomio, demandante que ejerce la actividad inicial de probar, demandado que se opone a las pretensiones, y el juez que acude al principio oficioso y así mismo establecerá a que parte le es más fácil probar determinado hecho.

La posición sentada por la Corte, no acoge la necesidad de crear en los procesos de responsabilidad médica, preceptos pétreos de carga de la prueba por las complejidades de los asuntos, aparte de la imperiosa necesidad de

decisión como conquista moderna de los procesos, superando el non liquet. Adviértase que modernamente no es posible en el proceso civil una absolución por insuficiencia de prueba. Una vez surgido el dubio de la perplejidad se resuelve definitivamente y para siempre a través de un mecanismo legal de atribución de sus consecuencias perjudiciales a uno de los litigantes.

Como vemos no ha sido unánime el criterio jurisprudencial de la corte en cuanto a la responsabilidad médica. En ocasiones la Corte ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico. Lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones “de moyenes y de resultat”, atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepciones el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.

No se propone una solución concreta al tema de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad médica, pues con independencia del caso concreto, “no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, pues es la relación jurídica particularmente creada, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado.” (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sent. de enero 30/2001. M.P. José F. Ramírez.)

Para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extramatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba, visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues este es el principio implícito en la norma cuando exonera la prueba de las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver

que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es

ciertamente importante “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”.

En la responsabilidad médica, como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto debió asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa.

Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las pretensiones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probando permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión.

Con todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (Lex artis).

No existe entonces, un criterio absoluto con relación al tratamiento de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad médica, ello obedece al análisis de las circunstancias específicas del caso concreto y de allí puede determinarse el tratamiento probatorio que se vaya a adoptar.

CONCLUSION

Consideramos que no es necesario que el juez acuda a las diferentes teorías jurisprudenciales que en materia de pruebas se han ido elaborando y que fueron objeto de estudio en este trabajo, por cuanto utilizando los preceptos contenidos en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, puede resolverse un asunto, aplicando la carga de la prueba, por ser esas facultades en último término subjetivas y pueden dar lugar a la arbitrariedad.

Adviértase como la norma forma parte de un ordenamiento jurídico y no puede ser leída ni entendida de manera aislada, como ha sido tratada por los operadores jurídicos. Esta norma debe armonizarse con el precepto constitucional que consagra el derecho fundamental a la prueba y las normas del Código de Procedimiento Civil que imponen deberes al Juez y en particular en materia de pruebas, “cuando considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes” y esto lo debe lograr decretando pruebas de oficio a fin de “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso” (artículo 37 numerales 2° y 4°).

Así mismo, el Juez debe velar porque las conductas de las partes en materia probatoria se ciñan a los postulados establecidos en el mismo estatuto procedimental, que exige a las partes el deber de prestar su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra”. (art 71 n° 6 ibídem).

El funcionario judicial en la búsqueda de la igualdad de las partes en el proceso, no debe sentar teorías que inviertan la carga de la prueba, eximiendo a una parte del deber de probar e imponiendo a la otra esta carga, cuando es una conducta que debe ser asumida por las partes, quienes están obligados a aportar al proceso las pruebas que tengan en su poder y que contribuyan al esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien, en casos de responsabilidad médica, es cierto que el galeno está en mejores condiciones de aportar las pruebas, debido a que no sólo tiene en su poder la historia clínica, sino que éste es quien goza del conocimiento técnico y científico y por lo tanto puede brindar una mayor ilustración al fallador de un determinado procedimiento, pero este hecho no puede significar una inversión de la carga de probar, sino que es su obligación colaborar con la justicia en lo que se le impone. Modernamente las partes tienen el papel de colaboradores.

Significa lo anterior, que la carga de la prueba incumbe tanto al actor como al médico, pues cada uno tiene la carga de probar los extremos de la litis. El primero, debe probar los elementos de la responsabilidad: el hecho, la culpa, el nexo de causalidad y el daño; y el segundo debe probar las causales eximentes de responsabilidad, esto es que actuó con diligencia y cuidado.

Estas causales deben ser probadas aun cuando se esté en presencia de casos en los cuales no existe presunción legal o judicial de culpa. No puede permitirse que la conducta del profesional de la salud sea pasiva en el proceso, esperando que el actor cargue con la prueba de la culpa, pues éste debe aportar al proceso elementos de juicio que permitan demostrar que su actuar fue conforme a los parámetros que exige la Lex artis. Además, existe un deber legal que se le impone de colaborar con la práctica de las pruebas, so pena de que tal conducta sea apreciada como un indicio en su contra y en tales condiciones puede el fallador declarar probada la responsabilidad a través de la prueba indiciaria, cuando advierta que no prestó su concurso en la práctica de las pruebas o que asumió una conducta evasiva.

Conviene entonces precisar: ¿Cuál es el fin procesal de la prueba, independientemente de quien la produzca?.

Cuando se habla del fin de la prueba en el proceso, se alude al papel que ella desempeña en este. No se entiende al fin individual, particular que pretende cada parte en el proceso al suministrar al Juez estos y aquellos elementos de juicio, pues bien, sabido es que en manos de los litigantes la prueba se convierte en un medio o instrumento de ataque y de defensa por el cual se busca la realización de la prestación aducida o el rechazo de la misma.

Adherimos a la teoría de quienes sostienen que la prueba procesal tiene como finalidad la consecución de la certeza o el convencimiento sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o que su conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite al operador jurídico adoptar su decisión, sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará a la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error.

Por ello dice EISNER que “la justicia debe usar ciertas comprobaciones como si las cosas fueran ciertas, es decir, estamos realmente en un convencionalismo. Sólo se trata de llegar lo más cerca posible a la verdad absoluta.”¹¹²

Con lo anterior queremos concluir que las pruebas que existan en el proceso, aquellas que aporten las partes, las que de oficio se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos y las pruebas indiciarias, van a otorgar al funcionario judicial un grado de certeza suficiente para adoptar su decisión, bien sea acogiendo las pretensiones ora denegándolas, sin necesidad de acudir a criterios extralegales que se han venido elaborando en materia probatoria, cuando los mecanismos para resolver las controversias se encuentran en la propia Constitución “Derecho Fundamental a la prueba” y en las normas procesales que gobiernan el régimen probatorio.

¹¹² EISNER, Isidro. La Prueba en el Proceso Civil. Editorial Abeledo Perrot, pág. 26.

Si el Juez cumple con su papel de tutelar el derecho fundamental a la prueba, debe en muchos eventos decretar pruebas oficiosamente, a fin de conseguir, como se dijo, la igualdad de las partes en el proceso y si las partes, sin renunciar a su defensa colaboran con la obtención de la prueba, con seguridad el juez fallará de acuerdo a lo alegado y probado; y, si no obstante, luego de esa actividad de todos los sujetos procesales hay incertidumbre, se debe fallar de acuerdo a lo establecido en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y así evitar sorpresas para las partes en materia de carga de la prueba.

Es que el criterio de facilidad en la obtención de la prueba, lo debe utilizar el Juez en la producción de la misma y no al final, al momento de dictar sentencia, porque, insistimos, se generarían sorpresas e inseguridad jurídica

BIBLIOGRAFIA

BUERES, Alberto. Responsabilidad Civil de los Médicos. En: Tamayo Jaramillo Javier. "Sobre la Prueba de la Culpa medica". Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1979.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. Teoría General del Proceso, quinta edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. Nociones Generales sobre Responsabilidad Civil. Editorial Fórum, S.A. Oviedo, 1997.

CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Editorial TEMIS.

EISNER, Isidro. La Prueba en el Proceso Civil. Editorial Abeledo Perrot,

GUZMÁN MORA, Fernando. Derecho Medico colombiano. Elementos básicos tomo I.

GUZMAN, Fernando; MORALES, María Cristina; FRANCO, Eduardo; MENDOZA, Juan; GONZALES, Nestor; ARRAZOLA, Patricia; HERRERA, Francisco; LOPEZ, Cesar y CARRIAZO, Patricia. De la Responsabilidad Civil Medica. Ediciones Rosaristas, DIKE. Primera Edición, 1995.

GUZMÁN, Fernando; FRANCO, Eduardo y ROSSELI, Diego Andrés. La práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica DIKE, primera edición. 1996.

HINESTROSA, Fernando. Responsabilidad Extracontractual, Antijuricidad y Culpa. En: Juan Carlos Henao. "El Daño", primera edición. Editorial Universidad Externado de Colombia.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. Colección Ensayos N8. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF. Bogotá D.C. 2002.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. "La responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia", En: Sergio Yepes Restrepo. La Responsabilidad Civil Médica , cuarta edición. Biblioteca Jurídica Diké,

MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Señal Editora. Segunda edición actualizada.

----- Responsabilidad Civil Extracontractual, onceava edición. Editorial Temis.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad Médica. Biblioteca jurídica DIKE. Primera edición, 1994.

MONTERO AROCA, JUAN. ORTELLIS RAMOS, MAUEL. GÓMEZ COLOMBER, JUAN LUIS.

Derecho jurisdiccional, Proceso civil. Tomo II, Segundo Edición, Librería Bosch, Barcelona (España), 1989.

MORELLO M. AGUSTO. Tendencias modernas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina),

----- La prueba. Tendencias modernas. Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina) 1991.

PAREDES DUQUE, Jorge Eduardo. Responsabilidad Médica. Editorial Graficas Colombia. Cali. 2004.

PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Carga de la Prueba en la responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2004.

PEREZ DE LEAL, Rosana. Responsabilidad Civil del Médico. Editorial Universidad. Buenos Aires 1995.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad medica. Eco ediciones, 2006.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina Y Ley. Ltda.

TAFUR GALVIS, Álvaro. comp. Código Civil, Artículo 2341, sexta edición. Editorial lever,

TAMAYO JARAMILLO, Javier; MARTINEZ RAVE, Gilberto; CASTAÑO DE R, Patricia; GHERSI, Carlos Alberto; VASQUEZ FERREYRA, Roberto; JARAMILLO RESTREPO, Carlos; MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; VELEZ CORREA, Luis Alfonso y SUAREZ HERNANDEZ, Daniel. Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Biblioteca Jurídica DIKE, primera edición, 1993.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado, el Daño Antijurídico, el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Editorial Temis.

----- De la Responsabilidad Civil. Tomo II, Editorial Temis. Bogotá.

----- Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud, primera edición. Biblioteca Jurídica Diké

VALENCIA ZEA, Fernando. Derecho Civil de las Obligaciones, octava edición. Editorial Temis.

VALLEJO GARCÍA, Felipe. La responsabilidad civil médica En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N°300 y 301, Bogotá, 1993,.

VASQUEZ FERREYRA, Roberto. Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina. Biblioteca Jurídica DIKE. 1ª edición colombiana, 1993.

YEPES RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil medica. Biblioteca Jurídica DIKE. Tercera edición, 1994.

PAGINAS WEB:

Roberto A. Vázquez Ferreyra. La responsabilidad civil de los médicos. Disponible en Web: http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf

JOSE A ALVAREZ CAPEROCHIPI. La calidad de la asistencia: la lex artis. Competencia, prudencia y diligencia. Una perspectiva jurisprudencia. Disponible en Web: <http://www.scribd.com/doc/24752080/Responsabilidad-medica-2009>

NORMATIVIDAD

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Artículo 1°, Ley 23 (Febrero 18 de 1983). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1983. No. 35.711.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 14 (Abril 28 de 1962). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1983. No. 35.711.

ARTICULOS DE REVISTA

IGNACIO SERRANO Y SERRANO .Configuración jurídica de los servicios médicos. Estudios de derecho público y privado ofrecidos al Dr., Valladolid, 1965, Pág.341.

JORGE SANTOS BALLESTEROS. La responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos clínicos En Revista Universitas, N°70, Bogotá, 1.984.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. REF 6754. Agosto 24 de 1992

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. REF 7795. Julio 9 de 1993.

Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Mag. Pon. Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Sentencia de Abril 21 de 1994. Expediente 6991

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. REF 9467. Abril 3 de 1997.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. REF 11301. Mayo 22 de 1996.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. REF 9467. Abril 3 de 1997.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección .Octubre 7 de 1999, exp.:12.655, consejera ponente: Dra. María Elena Giraldo

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. REF 11949. Mayo 11 de 1999.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. REF 12.548. 2000

Consejo de Estado. Enero 24 de 2002. M.P. Jesús María Carrillo.

Corte Constitucional. Expediente T-65087. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Octubre 23 de 1995.

Corte suprema de justicia, sentencia 5 marzo de 1940.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Junio 15 de 1944.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Liborio Escallón. Marzo 5 de 1940.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Héctor Gómez Uribe. Noviembre 26 de 1986.

Corte suprema de justicia. Sentencia de Julio 30 de 1992. Expediente 687. Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra, Sentencia 11 de Junio de 1991.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Mayo 29 de 1996

Corte Suprema de Justicia. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Agosto 13 de 1996.

Tribunal Superior del Distrito Judicial. M.P. María Teresa Plazas. Mayo 24 de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando Ramírez. Enero 30 de 2001.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil de Decisión. M.P. Carlos Julio Moya. Junio 7 de 2002.