

RESPONSABILIDAD MÉDICA

GLORIA MARCELA ORDUZ GARCIA



**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE SALUD
ESCUELA DE MEDICINA
MAESTRIA EN EPIDEMIOLOGÍA
BUCARAMANGA
2008**

RESPONSABILIDAD MÉDICA

GLORIA MARCELA ORDUZ GARCIA

**Proyecto de grado para optar al título de
Especialista en Administración de Servicios de Salud**

**Directora
YOLANDA VILLARREAL AMAYA**



**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE SALUD
ESCUELA DE MEDICINA
MAESTRIA EN EPIDEMIOLOGÍA
BUCARAMANGA
2008**

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos a:

YOLANDA VILLAREAL AMAYA, Juez del Tribunal Administrativo

MARY LUPE ANGULO SILVA, Jefe del Departamento de Salud Pública U.I.S. y Directora de Postgrado.

HERNANDO BALLESTEROS MONSALVE, Médico y Especialista en Administración de Servicios de Salud.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	9
1. PROBLEMA.....	11
2. OBJETIVOS.....	14
2.1 OBJETIVO GENERAL.....	14
2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	14
3. JUSTIFICACIÓN.....	15
4. MARCO TEORICO.....	17
4.1 ASPECTOS HITORICO.....	17
5. MARCO CONSTITUCIONAL.....	19
6. MARCO LEGAL.....	25
7. RELACIÓN MÉDICO PACIENTE.....	26
7.1 EL ACTO MÉDICO.....	26
7.2 ACTO MÉDICO DIRECTO.....	27
7.3 EL ACTO MÉDICO DOCUMENTAL.....	27
7.4 ACTO MÉDICO INSTITUCIONAL.....	29
7.5 ACTO MÉDICO PRIVADO.....	29
7.6 ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO.....	30
7.7 OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO.....	33
7.8 DERECHOS DEL PACIENTE.....	40
7.9 DEBERES DEL PACIENTE.....	41
7.10 DERECHOS DEL MÉDICO.....	41
8. MEDICINA Y DERECHO.....	42
8.1 ¿QUÉ ES MEDICINA?.....	42
8.2 ¿QUÉ ES DERECHO?.....	43
8.3 MEDICINA Y DERECHO.....	43
9. RESPONSABILIDAD.....	48
9.1 CONCEPTO.....	48
9.2 RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	49
9.3 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.....	49
9.4 RESPONSABILIDAD PERSONAL.....	50
9.5 RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.....	50
9.6 RESPONSABILIDAD JURÍDICA.....	52
10. LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	53
10.1 EL ACTO MÉDICO COMO CONTRATO.....	53
10.2 OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO.....	57
10.3 EL DAÑO.....	63
10.4 LA CULPA.....	63
10.5 CAUSAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	68
11. RESPONSABILIDAD PENAL.....	70
11.1 FACTORES: TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.....	70
11.2 EXIMENTES DE CULPABILIDAD.....	72

11.3 LA CONDUCTA MÉDICA.....	73
11.4 LA CULPA.....	74
11.5 PROHIBICIÓN DE LA CONDENA POR RESPONSABILIDAD OBJETIVA	76
12. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	77
12.1 OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	77
12.2 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	77
12.3 EL ESTADO Y SU AGENTE.....	80
12.4 ¿QUIEN DEBE PROBAR?.....	86
12.5 PRESUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LA PRESUNCIÓN DE CULPA.....	89
12.6 PRESUNCIÓN DE FALLA MÉDICA.....	90
12.7 CULPA DEL MÉDICO COMO FUNCIONARIO.....	91
13. RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO DE TRABAJO.....	97
13.1 TRABAJO EN EQUIPO.....	97
13.2 CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO EN EQUIPO.....	99
13.3 EL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA RESPONSABILIDAD POR EQUIPOS.....	100
13.4 LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS.....	104
13.5 DELEGACIÓN DE FUNCIONES.....	105
13.6 RESPONSABILIDAD DE LA DELEGACIÓN.....	107
13.7 LA CULPA DEL RESIDENTE.....	108
13.8 LA CULPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA.....	110
13.9 TIPOS DE CULPA.....	112
14. CONSECUENCIAS DE LA ACTIVIDAD MÉDICA PUNIBLE.....	114
14.1 CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE LA MEDICINA Y SU RESPONSABILIDAD.....	115
14.2 ÓRGANOS DE CONTROL MÉDICO.....	116
14.3 DIFICULTADES QUE AFRONTAN LOS PROFESIONALES DE LA SALUD.....	117
14.4 PORQUÉ SE DENUNCIA O DEMANDA A UN MÉDICO.....	117
15. JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL MÉDICO.....	118
16. INCULPABILIDAD EN LA CONDUCTA DEL MÉDICO.....	119
17. OPCIONES EN CASO DE RESPONSABILIDAD.....	120
17.1 INDEMNIZACIÓN INTEGRAL.....	120
17.2 SENTENCIA ANTICIPADA.....	120
17.3 AUDIENCIA ESPECIAL.....	120
18. RAZONES PARA INICIAR UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	121
19. PRECAUCIONES PARA EVITAR DEMANDAS.....	123
20. RECOMENDACIONES.....	126
21. CONCLUSIONES.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	128

RESUMEN

TITULO: RESPONSABILIDAD MÉDICA*

AUTOR: GLORIA MARCELA ORDUZ GARCÍA**

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad Médica.

En Colombia existe gran preocupación por todos los temas relacionados con la responsabilidad de los profesionales de la salud, la cual viene en aumento ya que día a día las reclamaciones judiciales por falla médica se hacen mas frecuentes, tanto en las clínicas privadas como en las entidades hospitalarias del estado. Tradicionalmente la relación del medico con su paciente se ha sustentado en la confianza, la comunicación adecuada y la clara definición de las funciones sociales de cada uno. En la actualidad esta relación se encuentra en crisis. El objetivo del presente proyecto es reflexionar sobre los principales factores que la afectan, especialmente los derechos y obligaciones del médico y del paciente, para comprender la responsabilidad profesional en la práctica de la medicina. Los elementos fundamentales para restaurar las bases humanísticas de la actuación médica incluyen el apego estricto a los conocimientos técnico-científicos de la lex artis médica, el actuar ético y digno y la atención especial a la comunicación.

Esta reflexión debe exponerse desde las primeras etapas de la formación del médico, y promoverse durante la actualización del médico para su ejercicio profesional.

Todo delito genera una acción penal y una acción civil. La primera tiene su origen en el poder estatal de reprimir los delitos y en los fines de la pena (acción pública). La segunda busca lograr la indemnización de perjuicios ocasionados por el hecho punible (acción privada). Nunca debe el médico garantizar resultados, porque corre de inmediato con los riesgos que tenia o traía el paciente. Por otro lado, nuestra profesión como la de la abogacía, son profesiones de medios y no de resultados.

* Proyecto de Grado

** Universidad Industrial de Santander. Facultad de Salud. Departamento de Salud Pública. Especialización en Administración de Servicios de Salud. Yolanda Villarreal Amaya. Directora

ABSTRACT

TITULO: MEDICAL LIABILITY*

AUTOR: GLORIA MARCELA ORDUZ GARCÍA**

PALABRAS CLAVES: Medical Liability

In Colombia, there is great concern for all matters relating to the liability of health professionals, which is increasing day by day and that the claims court fails medical become more frequent, both in private clinics and institutions hospital in the state. Traditionally, the relationship between the doctor with his patient has been based on trust, communication adequate and clear definition of the social functions of each. At present, this relationship is in crisis. The objective of this project is to reflect on the major factors affecting it, especially the rights and duties of the doctor and patient, to understand the professional responsibility in the practice of medicine. Key elements to restore the foundations of the medical humanities include strict adherence to the technical-scientific knowledge of the *lex artis* medical, ethical and decent acting and the special attention to communication. This reflection should expose from the earliest stages of the formation of the doctor, and promoted during the upgrade of the doctor to their professional practice. Every crime creates a criminal action and a civil action. The first stems from the state power to suppress crime and the end of the sentence (public). The second seeks to compensation for damage caused by the punishable act (private action). Never should the doctor guarantee results because it runs immediately with the risks or had brought the patient. On the other hand, our professions such as the legal profession are professions of ways, not results.

* Proyecto de Grado

** Universidad Industrial de Santander. Facultad de Salud. Departamento de Salud Pública. Especialización en Administración de Servicios de Salud. Yolanda Villarreal Amaya. Directora

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad en el campo de la salud, no sólo se concreta en aquellas personas que componen el equipo humano de trabajo, sino que involucra a las entidades prestadoras del servicio, razón por la cual es preciso tener previamente definidas las obligaciones, deberes y funciones de los participantes en la prestación del servicio de salud, para individualizar la responsabilidad de cada uno.

Al asumir la atención de un paciente, se debe determinar la situación en la cual se hace necesaria la intervención de un médico. En estos casos opera la división horizontal del trabajo que consiste en la definición de funciones, deberes y obligaciones que cada integrante debe acatar para lograr el objetivo de preservar la salud del paciente.

El médico es un ser humano como todos y por lo tanto no es infalible, no existe una profesión totalmente segura, lo que nos conlleva a decir que los accidentes pueden ocurrir también en medicina.

Actualmente los profesionales tienen la obligación de responder y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores cometidos en el ejercicio de la profesión. El problema de la responsabilidad en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra, se presenta en todas las actividades humanas, en la moral, religión y el derecho.

La crisis que esta viviendo el derecho de la responsabilidad en nuestro país, en la capacidad que tiene de obrar con equidad distinguiendo situaciones y profesiones cuando de responsabilidad se trata, debido a que la responsabilidad civil esta fundada en regulaciones que no están adaptadas a la mentalidad de nuestro tiempo, mientras la opinión pública actual exige que todo daño reciba una reparación, nuestro código civil otorga una indemnización a la victima, sólo si esta llega a probar que la falta de un tercero es la causa de su daño.

La integridad física es para el ser humano el máspreciado valor, el hombre es su cuerpo. Una lesión corporal es siempre la peor de las injusticias. El accidente médico, es generador de lesiones corporales y es aquí donde se expresa la rabia indemnizaría con más fuerza.

Uno de los temas más inquietantes es la responsabilidad que se genera por la prestación de servicios médicos, la importancia de tener presente dicho riesgo creando una cultura jurídica para evitar los errores, ya que las tendencias actuales sugieren que seguirá aumentando el número de procesos judiciales en contra de

entidades prestadoras de servicios de salud y en contra de los propios profesionales de la salud.

La falta de conocimiento y concientización por parte de los profesionales de la salud acerca de los riesgos de su actuación en su quehacer diario frente al paciente, a las entidades prestadoras de servicio de salud y al mismo sistema y sobre las consecuencias de diverso orden, que se generan por todos ellos y por la mala praxis, o por una falla en la eficiencia del servicio.

Esta revisión pretende analizar y dar a conocer las consecuencias: civiles, penales y administrativas de la responsabilidad, ya que actualmente es un problema no solo para los profesionales de la salud sino también para las entidades prestadoras de servicios médicos y desconocerlas o ignorarlas, pero especialmente no tratar de evitarlas podría significar un daño grave moral, social y económico no solo para el personal de la salud sino para la institución prestadora del servicio.

Se partirá de una revisión histórica, la normatividad jurídica en nuestro país, seguida por definiciones claves, y algunas recomendaciones que nos ayudaran a evitar tener que llegar a asumir una responsabilidad médica, por fallas en la calidad del servicio.

1. PROBLEMA

En Colombia existe gran preocupación por todos los temas relacionados con la responsabilidad de los profesionales de la salud. La cual viene en aumento ya que día a día las reclamaciones judiciales por falla médica se hacen más frecuentes, tanto en las clínicas privadas como en las entidades hospitalarias del estado.

No es desconocido para nadie, que el sector de la salud, tiene múltiples problemas, al ser uno de los más olvidados por el Estado, que no tiene voluntad de invertir suficientes recursos en este sector, para que en Colombia se pueda prestar un servicio médico, con calidad y eficiencia a la mayoría de la población.

En los últimos tiempos se ha creado conciencia sobre la crítica situación especialmente por parte de los profesionales de la salud que ven con preocupación la deficiente calidad en la prestación de los servicios médicos a los usuarios.

Uno de los temas más inquietantes es la responsabilidad que se genera por la prestación de servicios médicos, la importancia de tener presente dicho riesgo creando una cultura jurídica para evitar los errores, ya que las tendencias actuales sugieren que seguirá aumentando el número de procesos judiciales en contra de entidades prestadoras de servicios de salud y en contra de los propios profesionales de la salud.

Los motivos del incremento de las demandas por responsabilidad médica son muy variados, pero podríamos destacar los siguientes: la socialización de la Medicina, que ha traído consigo el deterioro de la relación médico-enfermo, los abogados oportunistas que incitan a los enfermos a presentar reclamaciones, la publicidad escandalosa en los medios de comunicación sobre errores médicos, el aumento progresivo de las indemnizaciones que pueden crear expectativas de enriquecimiento, las técnicas médicas y quirúrgicas cada vez más agresivas y complejas y por lo tanto con más posibilidades de complicaciones, la insuficiencia de recursos en general. Profesionales, técnicos y científicos para prestar un servicio con calidad.

A pesar de estas circunstancias, con las que nos enfrentamos a diario, los profesionales de la salud, no terminamos de afrontar unidos el problema y tomamos posturas muy diferentes: algunos piensan que nunca les van a afectar, otros prefieren no oír hablar del tema y un amplio grupo adopta medidas de autoprotección, lo que origina la conocida "*medicina defensiva*".

La desprofesionalización médica que en Colombia se le asocia con ligereza a los efectos de la Ley 100 de 1993 con la que se reformó el sistema de salud", llevan a argumentar que las cambiantes relaciones de la sociedad con la medicina y los errores médicos que crean interrogantes sobre el debido cumplimiento de las normas éticas, los controles y el adecuado uso del conocimiento por parte de la profesión, son las verdaderas causas de las demandas por responsabilidad médica.

Es creciente la frustración de los médicos frente a los cambios en los sistemas de atención de la salud que han creado un abismo entre los derechos y expectativas de los pacientes y la posibilidad de ofrecerles una atención de alta calidad con pleno disfrute del enorme avance científico y tecnológico de la medicina.

Las universidades tienen la obligación y cobran por ello, de impartir a sus alumnos enseñanza de alta calidad científica para que sus egresados traten adecuadamente a sus pacientes.

El resultado de lo anterior es el descenso vertiginoso de la calidad de la educación médica que tiene lugar en centros sin condiciones físicas mínimas y que mucho menos dispone de personal docente capacitado y vigilante.

El ejercicio de la medicina se ha considerado y se sigue considerando de alto riesgo, por la morbi-mortalidad que implica su práctica.

Este riesgo alto explica el hecho de que las demandas vayan en aumento, comprometiendo galenos de todas las especialidades y a médicos generales en un alto porcentaje, colocándose en un tercer lugar, sólo superados por los gineco-obstetras y los cirujanos generales.

Esta situación debe llevar a reflexionar al médico, quien debe dejar consignado muy claro en la historia e informar al paciente, sus familiares o interesados, que es el propio paciente el que corre con todos los riesgos por ser éste quien los trae implícitos con su enfermedad o entidad que lo aqueja; el médico sólo asume el reto de tratar de corregir la alteración de la salud que tiene el paciente, al emplear los medios adecuados con suma diligencia y cuidado.

Surge una gran controversia alrededor del tema para discernir en cabeza de quien se halla la responsabilidad de la ocurrencia de tal evento, pero debemos hacernos el planteamiento, es acaso responsable el director del equipo médico?, la auxiliar encargada del conteo del material? o será responsable la clínica para la cual labora este personal?. Iniciando podemos responder que todos y cada uno puede ser declarado responsable, el personal en el área penal y civil y la institución civil y administrativamente según se trate de una entidad pública o privada.

En conclusión son múltiples las razones directas o indirectas que hacen que el riesgo en la práctica médica se haga más prevalente.

Debemos hacernos entonces el siguiente cuestionamiento:

El profesional de la salud conoce el alcance de la jurisprudencia sobre su ejercicio profesional?

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Elaborar un documento que sirva de consulta y reflexión a los profesionales de la salud, para prestar un servicio con calidad.

2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Presentar los conceptos relacionados con la responsabilidad médica, la normatividad y las últimas disposiciones jurisprudenciales y doctrinales.
- Identificar los principales factores que afectan los derechos y obligaciones del médico y del paciente para comprender la responsabilidad en la práctica médica.
- Brindar las herramientas cognitivas que permitan evitar errores en el desarrollo de su profesión con el fin de disminuir las faltas, sanciones e indemnizaciones generadas en la deficiente o inadecuada prestación del servicio de salud.
- Promover el desarrollo de conductas ético legales por parte de los profesionales de la salud más allá de las netamente asistenciales o administrativas.
- Exponer algunas precauciones y recomendaciones para evitar demandas por responsabilidad médica.

3. JUSTIFICACIÓN

La medicina es la ciencia y el arte dirigido a prevenir y curar enfermedades es un saber y una practica. Un conocimiento cuyas aplicaciones se apoyan en valores religiosos, éticos, culturales y artísticos

La medicina es una profesión que conlleva una enorme responsabilidad para aquellas personas que la ejercen. Dicha responsabilidad surge de las características que engloban la práctica médica; el médico trabaja con la vida de las personas.

Entones para el adecuado desempeño de los profesionales dentro de este ámbito es fundamental su adecuada formación universitaria. Como la medicina es una profesión que mezcla técnica y conocimientos, los estudiantes deben recibir en sus años de estudio capacitación suficiente en estos dos campos. Es aquí donde surge el problema ya que los conocimientos teóricos son relativamente fáciles de entregar desde un enfoque práctico y su asimilación pasa por la docencia en salas de clase, textos de estudio, seminarios etc, sin embargo la practica medica solo se aprende practicando medicina, es bien conocido por todos que el enfoque del paciente y su enfermedad es bastante distinto en la vida real y que el contacto medico paciente es algo que v amas allá de lo que se puede aprender en una clase o en libros,. Las habilidades y la destreza en el diagnostico son elementos básicos que se aprenden con la practica real y el entrenamiento diario a la solución de dichos problemas.

En medicina existe un concepto básico y es que todo procedimiento, no solo terapéutico, sino diagnostico, tiene asociado un riesgo para el paciente, entendiéndose por riesgo no solo el riesgo vital sino también la posibilidad que el diagnostico sea incorrecto o que el resultado de las acciones del médico produzcan algún daño o secuela psíquica o física en el paciente alumno en práctica debe asumir ineludiblemente ese riesgo, es el precio de la medicina: el medico trabaja con posibilidades y no con certezas. Ahora bien, dicho riesgo tiene una implicación legal: el paciente tiene derecho a recurrir a la justicia en caso de sentirse perjudicado.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, la verdad jurídica acecha y empaña el ejercicio profesional médico en muchos casos, no es para menos, puesto que hay errores médicos que no se justifican y por nada del mundo se deben pasar por alto, por lo que se pone en riesgo o peligro es la integridad y la vida de un ser humano, consecuentemente ocasiona daño y dolor a su familia y seres queridos.

El incremento de las demandas civiles, contencioso administrativas y penales por mala práctica médica es una realidad cada vez más preocupante.

Es importante que el médico mantenga una actitud de autocrítica ante las quejas de los usuarios.

La revolución en la medicina tiene dos componentes: uno que se refiere a los pacientes como actores activos en el proceso del estudio y tratamiento de sus propias enfermedades, fundamentalmente en cuanto al concepto calidad de vida, ya no como sujetos pasivos y obedientes, el otro a, los médicos quienes paulatinamente en estas dos ultimas décadas han renovado su interés en la iatrogenia, en reconocerla, medirla y tratar de evitarla. Lo cierto es que la sociedad se preocupa y exige una mejor calidad de vida y la atención médica cada vez mejor. Infortunadamente, la comunicación entre médicos y pacientes siempre ha sido mala y, en las circunstancias actuales es peor.

Los programas integrales de Ética son una herramienta de manejo gerencial para fomentar entornos virtuosos, en las relaciones entre distintos grupoide interés que interactúan de manera permanente en el desarrollo de la actividad médica.

Estos programas buscan interiorizar en la cultura organizacional valores positivos asociados a la responsabilidad médica que guíen la actividad y el proceso de toma de decisiones dentro de la sociedad, desde una perspectiva más preactiva que reactiva.

En la medida que las empresas de salud reconocen su papel determinante en la sociedad, deben asumir responsabilidades sociales en la construcción de valores de integridad y en el compromiso de devolver a la sociedad en bienes, servicios y valores, lo que toman de ella para desarrollar su actividad.

En este proyecto he pretendido exponer los riesgos a que son expuestos los profesionales de la salud, la responsabilidad en le momento de tomar decisiones y prever para que no se vea o se sienta perjudicado por la mala praxis, espero que sea de su utilidad en sus actividades diarias.

Me permito esclarecer que si no mencioné o profundicé algunos temas relacionados con la responsabilidad médica, no fue por falta de interés o trascendencia de los mismos, simplemente fue por la imposibilidad de abárcalos todos.

4. MARCO TEORICO

4.1 ASPECTOS HISTORICO.

La responsabilidad médica se conoce desde la antigüedad y ha estado acorde con las circunstancias particulares, las condiciones del medio y el pensamiento filosófico dominante de cada periodo. Los primeros médicos relacionados con el tema se originaron en civilizaciones del antiguo oriente, principalmente en Mesopotamia; dichos documentos se caracterizan por la importancia que dan al derecho. Un ejemplo es el código de Hammurabi, considerado el monumento literario y legislativo más extenso de su época.

En Roma, los médicos estaban regidos por la Ley Aquiles donde por primera vez se menciona la culpa gravis, que ha servido de base a muchas legislaciones. Los principios éticos surgen al inicio de la medicina racional (400 años a.C.) con el juramento Hipocrático, el cual contiene los fundamentos del ser y del hacer del médico, como el segundo voto de total entrega a la profesión, dedicación y fidelidad al enfermo buscando hacerle el bien”.

En 1825 y 1832 se procesó a dos médicos (Helie y Thouret Noroy) por haber obrado imprudente y con impericia en su actuación profesional, ambos fueron condenados a pagar una indemnización vitalicia a sus pacientes. Estos fueron los primeros casos de responsabilidad profesional documentados y que sirvieron de antecedente jurídico para legislar en todo el mundo sobre estas acciones.

La medicina sigue siendo generosidad, piedad y abnegación, además la cirugía es testimonio de destreza, pues a pesar de la seguridad actual, el cirujano sigue ejerciendo entre la vida y la muerte. Un gesto equivocado, por pequeño que sea, puede acarrear graves alteraciones. El espíritu quirúrgico es el adecuado equilibrio entre la intrepidez y la confianza en sí mismo lo que irresponsablemente lo altere condiciona un retroceso, paradójico en el tiempo de una medida más confiable. Así nace el miedo, nacen las demandas legales y la inseguridad de los riegos lógicos.

Varios son los factores involucrados, lo más importante es la pérdida de identidad del enfermo inmerso en un sistema de atención que hace perder tanto su identidad como la del médico, cuya figura se diluya en la institución y en el equipo. La revalorización de la salud gracias a la educación sanitaria generadora de una conciencia social más difundida, desplazó la resignación y la fatalidad ante errores y fracasos y estimuló la exigencia. Tanto la incompetencia profesional como la alteración de la conducta ética son el sustento más frecuente de las demandas. También lo es la solución adoptada ante la retribución insuficiente, es decir “el

cobro adicional”, que despierta una crítica encendida y que somete al médico a problemas de conciencia y predispone en su contra. Más aún si se agrega el abogado inescrupuloso que alienta los ánimos del dolor y, en un trasfondo de especulaciones económicas, estimula la acción judicial.

El incremento del reclamo legal en la actualidad es importante, pero es mayor aún en los países desarrollados donde ya se ha tornado crítica. El seguro médico, ese espacio entre el daño y el paciente que antes era cubierto por la solvencia moral y profesional, es un monto de dinero que a pesar de proteger al médico es estimulante de la demanda.

En Estados Unidos el incremento de juicios a partir del año 1970, hizo aumentar los valores de las pólizas del seguro hasta un 600% de su valor, desprotegiendo así al médico que paulatinamente perdía condiciones para acceder a él. Algunas de las soluciones intentadas como la creación de nuevas compañías aseguradoras especialmente integradas por Asociaciones Médicas a fin de permitir la cobertura al personal médico, creación de Tribunales de Arbitrio, de carácter perjudicial e integrados con expertos para desestimar acciones legales innecesarias, el manejo del riesgo y la propuesta de imitar las tratativas legales por accidentes de trabajo respecto del daño. También se incrementaron las acciones destinadas a investigar a los médicos y centros asistenciales involucrados en juicios, con el fin de controlarlos o de bloquearlos en su actividad.

5. MARCO CONSTITUCIONAL

Dentro de este estudio debo resaltar los nexos fuertes entre esta rama de la ciencia y nuestra Constitución Política. El derecho a la vida como baluarte esencial de toda persona humana, ya que al final de cuentas la medicina es su principal guardián.

- Derecho a la vida: consagrado en el artículo 11 de la C. P

Normas concordantes con el derecho a la vida

- Declaración Universal de los Derechos Humanos art.3

- Convención Americana sobre Derechos Humanos ley 16 de 1992 art.4

- convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio ley 28 de 1959 art.1

- Derecho a la libertad de escoger profesión u oficio art.26 de la C P establece un límite al derecho, señala que el legislador puede exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones que requieran formación académica y que las autoridades competente inspeccionaran y vigilaran el ejercicio.

- .-Derecho a la protección especial de los niños art.44 establece la variedad de garantías y sentencia que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

- Derecho a la seguridad social art.48 No está consagrado expresamente en la constitución como un derecho, fundamental respecto a la tercera edad y menores de edad es un derecho fundamental cuando las circunstancias del caso ponen en peligro su vida.

- Derecho a la salud art.13 de la C P Busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida y establece condiciones de igualdad a personas en situación desfavorable.

- Cláusula general de responsabilidad. Art.90 de la C P. de C. nos habla de la responsabilidad patrimonial del estado, donde establece que el estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

EL fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por la conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebramiento patrimonial que hay que reparar, importa más reparar el daño causado que castigar una acción u omisión administrativa culpable.

La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste en borrar una culpa sino, en hacer caer sobre el patrimonio de la administración el daño sufrido por el particular.

Cuando se hace referencia al estado debe entenderse que no solamente es la representación jurídica de la nación sino todo órgano que conforma la administración pública en los deferentes niveles nacionales departamentales o municipales. Quedando incluido todos los departamentos y municipios del país, además de los establecimiento públicos, departamentos administrativos, superintendencias, empresas industriales y comerciales del estado y la sociedad de economía mixta, al igual que las E.S.E. creadas con la ley 100/93.

Cuando se hace referencia a autoridades públicas se incluyen todas las personas vinculadas a la administración de servicios públicos, trabajadores oficiales, empleados públicos y los de periodo fijo o elección popular indirecta como personeros y contralores.

ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCION POLITICA QUE DISPONE:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado¹:

“ A partir de la expedición de la nueva constitución política, todo debate sobre la responsabilidad del Estado debe resolverse con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la misma, según el cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debe establecerse, entonces, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad, esto es el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado”.

En cuanto a la existencia de un daño antijurídico, ha manifestado la H. Corte Constitucional que²:

“Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga.

¹ Sentencia del 23 de enero de 2003 Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez.

² Sentencia C-430 de 2000 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonel.

Se ha considerado por la doctrina y la Jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio.

A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio subjetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el artículo 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito”.

Es, desde luego, en el tratamiento de la carga de la prueba donde ello se refleja, porque a pesar de los postulados constitucionales no se puede hablar de una responsabilidad absoluta del Estado. De manera que, cuando se alega que la conducta irregular de la administración fue la causante del daño, a menos que se este en presencia de la llamada culpa o falla presunta, sigue siendo necesario que el actor alegue y acredite la actuación irregular de aquél, en razón de la acción u omisión de sus agentes.

Así mismo, cuando el daño es el resultado de una actuación estatal legítima es necesario que quien pide su reparación demuestre, tanto la ocurrencia del daño como la razón por la cual no está obligado a soportarlo.

Estos criterios han sido acogidos por la Corte Constitucional Sentencia C-333/96 y consignados en su jurisprudencia por el Consejo de Estado, como se observa en la sentencia de esta Corporación del 25 de febrero de 1993, donde expuso su sección Tercera, expediente 7742

“pero decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó.

En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falta del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las normas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo”.

En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla en el servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender”.

En el régimen de responsabilidad por falla del servicio, debe comprobarse la existencia de sus tres elementos fundamentales:

- El daño antijurídico sufrido por el interesado
- La falla del servicio propiamente dicha, es decir, el deficiente funcionamiento del servicio porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y
- La relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

En los casos de responsabilidad por la prestación de servicios de salud a cargo de la Administración Pública, la jurisprudencia ha manejado diversos regímenes a lo largo de los años, y así inicialmente, se empleó el régimen de la falla probada tanto el daño proveniente del deficiente funcionamiento de los servicios medico asistenciales como el causado por los actos médicos propiamente dichos, hasta el año 1992, cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que no podía dárseles el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos.

De esta manera, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, debiendo probar los tres elementos constitutivos de la misma, en los casos donde se tratara de establecer una responsabilidad médica, o sea aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como el diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. Donde esta en juego la aplicación de conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, la jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto al elemento “falla”, presumiendo su existencia y estableciendo en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexos con el servicio, por lo que acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le corresponde a la parte demandada demostrar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio para lograr exonerarse, o romper el nexos causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y

determinante de un tercero³- régimen de la falla del servicio presunta.- al respecto dijo el Consejo de Estado⁴

“esta solución surge en aquellos casos en los cuales, por las particulares circunstancias en las que se produce el hecho dañoso, es la entidad demandada quien está en mejores condiciones de aportar la prueba, por ejemplo, cuando se aduce que el daño provino de una intervención quirúrgica, a la cual desde luego quienes tienen acceso y conocen todas sus incidencias, son precisamente los profesionales que la practicaron, mientras que el paciente o los parientes de este, se hallan en imposibilidad de aportar las pruebas necesarias para acreditar la falla que se pudiera haber presentado pro desconocer tanto la ciencia, como las incidencias mismas del procedimiento”.

La Corte Suprema de Justicia sentenció que la responsabilidad por los errores o equivocaciones que se registren en una cirugía recae sobre todo el equipo médico que participe en la operación y sobre el hospital o centro asistencial donde se realice.

Se destacó la importancia de esta decisión adoptada por la sala civil de la Corte, pues cambia la tesis que se venía aplicando sobre a la hora de establecer la responsabilidad médica, ya que hasta la fecha la discusión se concentraba en determinar quien respondía por un error en los quirófanos el anestesiólogo o el instrumentista. Para la Corte “ la responsabilidad es solidaria e incluye al hospital”.

La responsabilidad médica implica el compromiso moral de responder por los actos propios, en algunos casos incluso por los ajenos, y la obligación de reparar o indemnizar las consecuencias de actos perjudiciales para terceros. La convicción vocacional y moral del profesional, cuya capacidad científico-técnica se basa en principios éticos generalmente establecidos por los propios médicos y el derecho el cual se rige por leyes emitidas por el Estado, tiene como principal objetivo calificar y sancionar los actos del médico que perjudiquen física, moral o económicamente al enfermo.

Uno de los factores que en mayor parte repercute en la calidad de los servicios brindados por las instituciones de salud, es la inobservancia de conductas ajustadas a la práctica médica por parte de los profesionales y técnicos involucrados, quienes en ocasiones no proporcionan los cuidados necesarios para alcanzar los resultados deseados, provocando consecuencias perjudiciales para el paciente. Este deber de cuidado en la práctica médica tiene doble fundamento: por un lado comprende los conocimientos y destrezas del personal y la adecuada

³ Consejo de Estado, sentencia del 30 de julio de 1992 expediente 6897 Actor Gustavo Eduardo Ramírez.

⁴ Consejo de estado. Sentencia del 14 de diciembre de 2004. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra . expediente 12.830 Actor Libardo Garcés.

utilización de los recursos tecnológicos a su alcance; por otra parte, compromete la observancia de los principios éticos y normas legales aplicables en el desarrollo de su actividad.

Se considera que existe responsabilidad cuando la conducta del personal médico es indebida y ocasiona un perjuicio en la salud del paciente. Cuando una conducta activa u omisiva tiene una clara relación con el daño, se denomina nexo causal. Esta responsabilidad puede asumir diversos caracteres, dependiendo de los resultados de conducta. En la responsabilidad moral la persona tiene el compromiso de responder por actos propios y, en algunos casos, por los ajenos. Este concepto general nutre la noción jurídica, la cual asume tal categoría según lo establecen los preceptos legales. Quien comete una falta, una infracción o un hecho ilícito con motivo del ejercicio de su profesión, de la ejecución de una técnica o de la práctica de un recurso médico, estará obligado a responder , primero, ante su propia conciencia (responsabilidad moral) y, posteriormente, ante los demás (responsabilidad social).

En el orden jurídico hay diversas formas de responsabilidad, las cuales se distinguen según la naturaleza y los efectos normativos que cada una de ellas trae consigo: penal, civil y administrativa. La responsabilidad jurídica de una persona es producto de una conducta positiva (acción) o negativa (inercia u omisión) indebida, ilícita, ilegal o antijurídica, que ocasione una consecuencia o resultado perjudicial, esto es, que afecte un derecho o lesione un bien jurídico. Se requiere que entre esa conducta activa u omisiva y el resultado dañino exista una relación causal, la cual permita atribuir este resultado a la conducta de la persona.

6. MARCO LEGAL

- El ejercicio de la medicina no puede desligarse del entorno social, económico y jurídico en el cual se desarrolla.
- El ejercicio de la medicina ha tratado de reglamentarse desde la antigüedad por diferentes normas como el juramento de Hipócrates, el código internacional de ética médica.
 - o En Colombia la primera normalización fue el decreto 2381 de 1954 llamado código de moral medica de poca aplicación que dio paso a la ley 23 de 1881.
 - o Ley 14 de abril 28 de 1962 Reglamento el ejercicio de la medicina y de la cirugía en Colombia.
 - o Ley 23 de febrero 18 de 1981 de ética medica
 - o Ley 06 de enero 16 de 1991 Reglamento la especialidad de la anestesiología
 - o El proyecto de ley 201 de 1992 para reglamentar las especialidades médicas, infortunadamente no pudo ser aprobado en la cámara de representantes.
 - o Ley 06 de 1991 modelo de control de calidad que tiene como fin establecer los criterios que permitan prestar un servicio de anestesia con profesionales idóneos y con los recursos técnicos y de3 soporte necesarios para beneficios al paciente y a la institución prestadora de servicios.
 - o Ley 100 de 1993. Sistema de seguridad social antecedida en 1990 por medio de una ley se intenta redistribuir los recursos, descentralizar los servicios de salud y ampliar su cobertura para atenuar el estigmas de la ineficiencia que nos hacia ocupar unos de los primeros deshonrosos lugares dentro de los países americanos.
 - o Ley 269 del 29 de febrero de 1996. se regula parcialmente el art.128 de la C p. en relación con quienes prestan servicios de salud en las instituciones de derecho público. Se aplica a todo el personal de salud que cumple en forma directa funciones asistenciales en cualquier institución prestadora de salud, sin perjuicio del sistema de salud que rija.

7. RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

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 acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.

Como lo expresa la Ley 23 de 1981 (Titulo I, Capítulo I, Artículo 4):

«La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico...»

De acuerdo con dicha ley, 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.
- Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o publica»
Titulo II, Capítulo I, Artículo 5. Ley 23 de 1981

7.1 EL ACTO MÉDICO

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos,

su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

Cuatro características principales distinguen al Acto Médico:

La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. **La ejecución típica**, es decir, su ejecución conforme a la denominada «Lex Artis Ad Hoc», sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo **la curación o rehabilitación** del enfermo y **la Licitud**, o sea su concordancia con las normas legales.

El "acto médico" es un hecho del hombre, específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como "objeto" la vida o la salud de otro hombre (el paciente), siempre tendrá que ver con, la ley, por incidir sobre un "sujeto de derechos"; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

7.2 ACTO MÉDICO DIRECTO

Actos médicos directos son aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

La prevención hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos. **El diagnóstico** es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente. **La terapéutica** se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

La rehabilitación es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

7.3 EL ACTO MÉDICO DOCUMENTAL

Es complementario de actos anteriores y su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso. En este grupo se incluyen el certificado médico, la Receta o fórmula médica y la Historia Clínica (el acto documental más importante de todos).

La Historia Clínica, tiene importancia desde varios puntos de vista:

- Asistencial, pues sus notas permiten que el paciente pueda continuar su tratamiento aun si falta el médico que lo inició.
- Docente.
- Investigativo.
- Social.
- Control de calidad.
- Administrativo.
- Médico Legal. En este aspecto se plasman hechos como la justificación de los procedimientos, los exámenes practicados (clínicos y de laboratorio), la responsabilidad tanto de pacientes como de médicos que intervengan en su tratamiento y en general todas las pruebas escritas de las formas de tratamiento y su respuesta individual en cada enfermo.

La historia clínica pertenece a la esfera de información íntima del paciente y del secreto profesional del médico. Debe, portal razón, ceñirse a la más alta calidad ética-científica.

Existe un aspecto relevante y es el de la Historia Clínica como Documento reservado, calidad que se le reconoce sin dudas en Colombia, como lo prueba el ejemplo del 29 de Septiembre de 1993: el Magistrado Carlos Gaviria, de la Corte Constitucional, declaró que los jefes de las fuerzas armadas no pueden violar la reserva de la historia clínica de quien pertenece a la institución castrense, pues esa conducta va en contravía de derechos elementales de la persona.

La ley 23 ya lo había contemplado en su Título II, Capítulo III, artículo 34:

«La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley»

Asimismo en el artículo 38:

«Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

- Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierna y convenga;
- A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
- A los responsables del paciente cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
- A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley;
- A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia»

Esta norma tiene a su vez repercusión para efectos procesales, ya que el médico, al igual que otros profesionales, no está obligado a declarar sobre aquello que se le ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su oficio o profesión (Artículo 214 del Código de Procedimiento Civil).

7.4 ACTO MÉDICO INSTITUCIONAL

Esta forma de relación puede ser de varios tipos:

- A través de entidades hospitalarias de servicio público en donde el médico es un empleado a sueldo
- A través de instituciones como el Seguro Social
- Mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato
- 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 encuentra de turno o llamada.

Esto no descarta la relación contractual entre el médico y el enfermo, sino que más bien involucra a un tercero: La institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y debería garantizar al enfermo la mejor atención posible.

La atención institucional es una forma de permitir el acceso a la salud a gran cantidad de personas que en forma individual y privada no lo hubieran podido conseguir. Sin embargo, se ha encontrado una relación distinta con el paciente, si no en el aspecto profesional si por lo menos en el área afectiva.

No se puede negar la burocratización e ineficiencia en muchas de las entidades prestadoras de servicios y el predominio de la parte económica, circunstancia que puede resumirse en el cambio de « Hacer lo que sea mejor para el paciente » por « Hacer lo que sea mejor para la empresa-industria de Salud ».

7.5 ACTO MÉDICO PRIVADO

Hace referencia a la relación directa entre el enfermo y el médico escogido por el mismo, sea por voluntad propia, recomendación de otras personas o remisión privada de otros colegas.

Entre el paciente privado y su médico se establece la típica relación de contrato consensual, por la cual el médico se compromete a colocar todos los medios de su parte para devolver o mantener la salud del enfermo, quien a su vez adquiere el compromiso de pagar unos honorarios al profesional por su trabajo.

7.6 ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad.

Los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Esos derechos han sido reconocidos previamente por la ley como derechos subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido). Jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un derecho subjetivo: el primero, de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente «toda persona tiene derecho a la vida» puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios, o contra el médico por cuya culpa alguien falleció.

El primer momento se denomina derecho objetivo mientras que el segundo se llama derecho subjetivo (prerrogativa consolidada en una persona determinada, en una circunstancia dada). En consecuencia y a pesar de su infinita variedad, esas circunstancias generadoras de derechos pueden ser reducidas a dos categorías: el acto jurídico y el hecho jurídico.

Es una clasificación estrecha que deja por fuera otras fuentes de las obligaciones, pero sirve muy bien para resaltar de qué manera el acto médico puede ser ese «elemento concreto que en un determinado momento desencadena la aplicación de la norma objetiva». Las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no solo incluye las normas positivas, sino también las normas de conducta que la moral y las buenas costumbres nos transmiten generacionalmente.

Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; lo que equivale a decir que de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

Los actos jurídicos, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos: mientras aquellos buscan un resultado concreto en el derecho (por ejemplo un contrato de prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), éstos no encuentran sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de tránsito, la lesión -hecho producido por el hombre- no ha sido querida sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada).

La responsabilidad jurídica se desprende acá del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor. Con mayor razón, si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define el código penal bajo la denominación de «pena».

Del acto médico, por lo que se ha visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico ("responsabilidad" por el acto) y las que resultan del hecho jurídico ("perjuicios" indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho -el delito, por ejemplo-). Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tienen que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente (por sí o por sus allegados).

El «acto médico» es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como «objeto» la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un «sujeto de derechos»; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

Cabe la consideración de si al ser realizado mediante fuerza (física o moral), podría implicarse para el médico (aparte de la discusión sobre su responsabilidad penal por el delito cometido -pensemos en un aborto practicado bajo amenazas para el médico o su familia-) también su responsabilidad profesional, porque aunque es claro que estaría viciado de nulidad como contrato, no eximiría al profesional de su correcto desempeño. El hecho médico ilegal acarrea también derechos y responsabilidades para las personas intervinientes, pues aunque su fuente no sea el acuerdo de voluntades, su ocurrencia genera, para el médico especialmente, el estricto desempeño de su profesión con base en su juramento.

En general, las actuaciones del médico van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación «de medio» y no «de resultado», el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Si el resultado es bueno surge en favor del profesional de la salud un crédito, un derecho a cobrar honorarios. Si el resultado afecta derechos del enfermo, surge en su contra la responsabilidad, la cual se juzga, precisamente, con base en la Lex Artis.

Los motivos o móviles que llevan a las partes a contratar merecen atención especial. El médico es la persona más próxima al ser humano a todo lo largo de su existencia, pues lo mueve una combinación de vocación de ayuda, conocimiento científico, deber de funcionario social y ejercicio del propio oficio. Pero por encima de todo, el ejercicio de la voluntad al servicio del ser humano como un todo, basada en conocimientos científicos. Es una combinación de filantropía (Amor al ser humano) y fileténla (Amor al arte de curar).

El acto médico tiene, como base fundamental, el amor del médico por la vida humana, por el enfermo y por la misma profesión con la cual se ha comprometido.

Título II, Capítulo I, Artículo 11 de la Ley 23 de 1981:

«La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.

En el Eclesiástico aparece una cita interesante:

«...Puesto que hay un tiempo en que has de caer en manos de los médicos y ellos rogarán al Señor que te aproveche lo que te recetan para tu alivio, y te conceda la salud, que es a lo que se dirige su profesión...»

Es una relación que presenta varios aspectos: interhumano, de ayuda y técnico, mediante los cuales el médico puede ofrecer una de tres opciones: consejo en la toma de una decisión, educación y asistencia médica.

La dinámica de esta relación tiene varios momentos: Afectivo (Amistad entre el médico y su paciente), Cognoscitivo (Diagnóstico) y Operativo (Terapéutica), regidos por una serie de normas éticas y en un contexto histórico-social.

Sin embargo, a algunos médicos los mueven motivos completamente diferentes al simple altruismo y amor a la humanidad. Tal es el caso del afán económico desmedido, la búsqueda de prestigio, el ascenso en la escala social, la curiosidad científica especial por una enfermedad en particular, etc.

En lo que respecta al enfermo, varias cosas pueden motivar la búsqueda de la ayuda médica: El deseo de recuperarse, la necesidad de saber lo que pasa con su organismo, la búsqueda de una especie de refugio cuando existe una preocupación por la enfermedad y el conocimiento de lo que será su salud en el futuro, principalmente.

El paciente busca atención para su salud, pero también busca amor, comprensión, atención integral, esperanza. Detrás de todo enfermo hay un ser humano angustiado y necesitado que ha confiado al médico su don más preciado, su vida. La respuesta a la solicitud del paciente, requiere ciertas cualidades especiales: disposición para ayudar, competencia y claridad científica, destreza, honradez profesional, conocimiento del hombre y de la sociedad, una recia estructura moral y ética.

Por supuesto, el paciente también tiene una serie de obligaciones en esta relación. Para empezar, debe expresar siempre la verdad.

Sin embargo hay que tener en cuenta que, en no pocos casos, los motivos del enfermo pueden ser muy diferentes: Deseo de buscar una incapacidad para no asistir a sus obligaciones cotidianas, búsqueda de medicamentos controlados, exploración de conceptos para «perfeccionar» una queja contra otro médico e, incluso, atracción física hacia el médico, entre otros.

7.7 OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO

Las obligaciones del médico, en opinión generalizada de los tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

- Secreto Profesional
- Información adecuada y consentimiento
- Obligación de conocimiento
- Obligación de diligencia y técnica
- Continuidad en el tratamiento
- Asistencia y consejo
- Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado
- **Secreto Profesional**

En el juramento Hipocrático se estipula:

«...Aquello que yo viere u oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos...»

El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

Existen tres tipos de Secreto profesional médico:

- Absoluto. El médico debe callar siempre, todo, bien sea en privado o ante la justicia
- Relativo. No debe guardarse frente a la justicia, para así colaborar en la búsqueda de la verdad
- De conciencia. El médico debe divulgar la verdad.

Condiciones para que exista violación del secreto profesional:

- Que el infractor tenga una profesión u oficio
- Que el asunto se haya conocido con motivo del ejercicio profesional, aunque no tenga nada de confidencial
- Que el médico cause algún perjuicio o pueda causarlo con la revelación de lo secreto, no obstante tener la obligación de guardarlo,
- Que se haga con plena conciencia (Delito) o inadvertidamente (Falta Moral)

Aunque el artículo 74 de la Constitución Política dispone la inviolabilidad del Secreto Profesional, existen limitaciones, especialmente en casos de algunas enfermedades infecto-contagiosas, en donde lo que más llama la atención es la contradicción misma de las normas sanitarias.

El Decreto 559 de Febrero 22 de 1991, que hace referencia a la Prevención , Control y Vigilancia de las Enfermedades Transmisibles, especialmente en lo relacionado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), obliga a NOTIFICAR a las autoridades tanto a los enfermos de SIDA como a los infectados por HIV, así sean sintomáticos, so pena de incurrir en el delito de violación de normas sanitarias consagrado en el Código Penal.

«...De conformidad con la Ley 09 de 1979 y el decreto 1562 de 1984, todas las personas naturales o jurídicas, publicas o privadas del sector, están obligadas a notificar los casos de enfermos de SIDA y los de infectados por el HIV, so pena de ser sancionados de conformidad con las normas pertinentes y sin perjuicio de que puedan llegar a incurrir en el delito de violación de medidas sanitarias

consagradas en el Código Penal. El procedimiento de notificación deberá garantizar la confidencialidad...»

Y el artículo 21:

«...La información epidemiológica en relación con la infección con el HIV es de carácter confidencial. El secreto profesional no podrá invocarse como impedimento para suministrar dicha información en los casos previstos en las disposiciones legales y reglamentarias...»

Dice además el Artículo 33:

«Por razones de carácter sanitario, cuando la persona tenga la condición de infectado asintomático, el médico tratante podrá informar de su estado de salud al cónyuge, compañero permanente o pareja sexual permanente, previo consentimiento informado para su respectivo estudio diagnóstico. Asimismo, cuando el médico considere pertinente se informará a las personas que están expuestas al riesgo, para que asuman las medidas de protección pertinentes «

Y el Artículo 34:

«En cumplimiento del Artículo 18 de la Ley 23 de 1981, cuando la condición del paciente infectado por el HIV sea grave, por cualquier causa, o haya desarrollado el SIDA, el médico tiene la obligación de comunicar tal situación a sus familiares o allegados»

Artículo 32:

«...Los integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar la confidencialidad de la consulta, diagnóstico y evolución de la enfermedad. De igual manera, se observará tal disposición con personas con conducta sexual de riesgo cuyo estado no sea seropositivo...»

Otros casos que merecen especial consideración son los referentes a estudios de investigación (En donde debe guardarse celosamente el nombre de los pacientes) y algunos casos médico-legales.

• **Información Adecuada y Consentimiento**

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

En los actos médicos consensuales la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con diversas legislaciones:

CAPACIDAD: Entendida como el pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas; en este punto es preciso distinguir entre la capacidad legal (que en Colombia la tienen solamente las personas mayores de edad, con mente sana) de la capacidad para entender y aceptar un procedimiento médico.

En relación con el consentimiento informado, el paciente no necesariamente debe ser una persona considerada "legalmente capaz", como sería el caso de un adolescente cuyo criterio pugna con el de sus padres menos instruidos o fanáticamente adeptos a una ideología que choca con la ciencia.

POSESIÓN DEL DERECHO: Es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. Cabe la misma observación anterior, respecto del conflicto de intereses entre el paciente titular del derecho a su salud y su cuerpo, y el de las personas que, ocasionalmente, lo representen como son sus padres, tutores, guardadores o curadores.

LIBERTAD: Atentan contra esta condición la coacción de cualquier tipo (física, moral, intelectual, económica, etc.) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base es el conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. La decisión que tome el enfermo debe ser absolutamente personal.

Por ello, el libre desarrollo de la personalidad consagrado expresamente en nuestra Constitución Política como un derecho de los jóvenes, tendrá implicaciones legales cuando se trate de contratos de prestación de servicios médicos u odontológicos que de suyo no pongan en peligro la vida o la salud del paciente y el médico procederá con libertad, cuando este peligro no exista; en caso contrario, además del deber de advertir del riesgo al paciente, se negará a realizarse! acto médico sin la autorización de las personas bajo cuyo cuidado y responsabilidad ese menor se encuentre.

Aún contra la voluntad de sus padres, por ejemplo, consideramos que un menor adulto puede someterse a un tatuaje, a un procedimiento médico u odontológico que tenga por finalidad un implante o incrustación con fines estéticos, o a otra serie infinita de tratamientos que tienen que ver con las manifestaciones de su personalidad y para los cuales -médicamente hablando- no existe riesgo.

INFORMACIÓN ADECUADA: La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo.

Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

La información adecuada equivale al conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido.

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser muy prudente y cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronóstico es pésimo.

La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (Título II, Capítulo I, Artículo 16):

«La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados»

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se está agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades. De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad, con el vocabulario y en la oportunidad que aconsejen la prudencia y el buen juicio del médico.

CAUSA O MOTIVO DEL ACTO: Por parte del paciente es la sintomatología secundaria a su patología la que lo lleva a buscar la asistencia profesional, sea de un médico determinado o de un equipo especializado de atención.

Por parte del médico, como hemos mencionado, su especialidad, el interés humano, académico y científico de cada caso.

DOCUMENTO: Es recomendable la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico, particularmente cuando se vaya a efectuar un tratamiento riesgoso o un procedimiento invasivo.

En casos de extrema urgencia, el documento puede obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.

Aunque este documento no es eximente de responsabilidad para el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuó de acuerdo con la voluntad del enfermo, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

REVERSIBILIDAD: Es la posibilidad de revocar el consentimiento por parte del paciente. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento. Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley 23 de 1981.

- **Conocimiento**

Es indispensable que la formación y los conocimientos del médico sean adecuados y actualizados. Para lograr esto se requieren muchos años de estudio y práctica. El médico se forma en las facultades de medicina aprobadas para tal efecto por el gobierno del respectivo país.

Aprender es, en esencia, establecer nuevas conexiones interneuronales para elaborar y almacenar porciones de conocimiento que, una vez asimilado, entran a formar parte de la estructura individual en la respuesta a interrogantes, problemas y análisis de conductas.

En el período de adiestramiento médico se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible para poder formar un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

En este periodo no se aprende mediante actitudes pasivas o teóricas basadas en dogmas o preceptos arbitrarios, sino a través del ejercicio de una mente creativa y disciplinada

En resumen, el médico debe saber cómo utilizar su arte, cuándo aplicarlo, por qué utilizarlo y en quién hacerlo.

- **Diligencia y Técnica**

Está ligada a la anterior. El médico debe colocar la máxima diligencia y utilizar sus habilidades al máximo para atender a su paciente.

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica, fundamentada en la ciencia de su oficio, disposición de ánimo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la mal función orgánicas, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad.

El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas.

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes.

Si en un momento dado el «estado del arte» de un área médica específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir al enfermo al especialista o institución que, por poseer tal artefacto, le brinden los mejores beneficios.

Obviamente en este aspecto se encuentran las limitaciones de tipo económico, pero la información que el paciente recibe del médico sobre tales posibilidades técnico-científicas, dejarán en manos del enfermo la decisión. Si éste no quiere, o no puede aceptar el ofrecimiento, el médico debe respetar su decisión.

- **Continuidad del Tratamiento**

Una vez el médico establezca una relación profesional con su paciente, la terapéutica deberá continuar hasta que el enfermo sane, o cambie voluntariamente de médico, o sea remitido a manos de otro especialista.

Sin embargo, existe el área de la medicina institucional, en donde por razones de organización burocrática el paciente debe ser controlado por el médico de turno. En este caso, la relación médico-paciente que ya ha sido alterada por el tipo de ejercicio, también cambia un poco debido a la «despersonalización» en el manejo de los enfermos.

- **Asistencia y Consejo**

La medicina es por esencia una carrera humanística y tiene como objetivo apoyar en todo momento al enfermo.

El médico debe constituirse en consejero, buscando siempre la decisión que sea más conveniente a su enfermo.

- **Certificado Medico**

Es el documento en el cual el médico hace constar un hecho o característica de un paciente, para que tenga efecto algún hecho jurídico adicional. En otras palabras, se deja constancia de alguna enfermedad o estado de salud, aptitud o daño orgánico específico, para que posteriormente tenga aplicabilidad en otro hecho o acto.

De acuerdo con lo anterior, el Contrato de Asistencia Médica y el Acto Médico con el cual se cumple puede ser de dos tipos: Privado e Institucional.

7.8 DERECHOS DEL PACIENTE

De acuerdo con la Asociación Médica Mundial, estos incluyen:

- Derecho a escoger libremente el médico
- Derecho a tomar decisiones respecto de su organismo
- Derecho a la información sobre su enfermedad
- Derecho a morir con dignidad
- Derecho a recibir o rehusar apoyo espiritual

A su vez, en la Resolución 13437 de 1991, la ley colombiana expresa, en resumen, los derechos de los pacientes así:

- Elección libre del médico dentro de los recursos disponibles en el país
- Comunicación plena y clara con el médico
- Confidencialidad en la historia clínica
- Respeto de decisiones en caso de enfermedad irreversible
- Explicación de costos por parte de médicos e instituciones
- Atención no condicionada a pago de honorarios en caso de urgencia
- Recibir o rehusar ayuda espiritual
- Respeto a la decisión de participar en investigaciones
- Respeto a la voluntad de donación de órganos
- Derecho a morir con dignidad

7.9 DEBERES DEL PACIENTE

El paciente, en su condición de actor principal del Acto médico considerado como un contrato de servicios, tiene también una serie de obligaciones.

- Colaborar en el cumplimiento de las normas institucionales
- Tratar con respeto al médico, a los 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

7.10 DERECHOS DEL MÉDICO

Código de Ética (Ley 23 de 1981).

- Derecho a ejercer la profesión una vez cumplidos los requisitos legales
- Derecho a recibir trato digno por parte de pacientes y familiares
- Derecho a no prestar servicios en casos que no sean de urgencia, en casos específicos contemplados en la ley
- Derecho a recibir remuneración por su trabajo
- Derecho a intervenir sin autorización en casos de urgencia
- Derecho a solicitar Junta Médica
- Derecho a la propiedad intelectual sobre sus trabajos
- Derecho al buen nombre y honra
- Derecho al debido proceso y a la defensa

8. MEDICINA Y DERECHO

8.1 ¿QUÉ ES MEDICINA?

Una profesión podría definirse como la práctica de una determinada actividad que sirve a los demás, y que se escoge por voluntad propia, siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral íntegra. Debe ser una persona honrada, bien estructurada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en la que practica su trabajo.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico.

La medicina puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

A lo largo de la historia, y en las diferentes culturas, el hecho de estar 'enfermo' es considerado por la sociedad de diversas formas. Del abandono de la comunidad primitiva a la posesión demoníaca de muchas culturas amerindias, pasando por el concepto del castigo divino en Babilonia, la inferioridad social en la Grecia clásica o la cruz de redención del Cristianismo. Si el papel social de la enfermedad es tan variable, se entiende por qué lo es también el de la medicina.

Las cuatro metas más importantes de la medicina son: **promover la salud, curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo**. Sin embargo, para llegar a esta definición de principios tuvo que recorrerse un largo camino.

El médico es un funcionario social de trascendental importancia. Es amigo, orientador. Dirigente y pensador de su medio comunitario. El olvido de estas funciones, ha hecho perder la investidura de dignidad y grandeza que anteriormente acompañaba a quien se dedicaba a ejercer la medicina y lo ha

subordinado a otras disciplinas cuyos objetivos son diferentes, cuando no opuestos, al de la profesión médica.

8.2 ¿QUÉ ES DERECHO?

Los seres humanos deben vivir en sociedad para poder desarrollar al máximo sus capacidades físicas, intelectuales y espirituales y poder entrar a formar parte de la cultura histórica universal. Sin embargo, el innegable egoísmo humano, nacido de la tendencia animal a sobrevivir, da origen a una inclinación a 'manejar' a los demás para la consecución del bienestar personal, originando entonces un conflicto dentro de la comunidad.

El conflicto debe quedar sujeto a una normatividad, a un orden social, cuya enseñanza comienza desde la infancia a través del proceso de socialización, que orienta y condiciona a la persona hacia el desempeño de un rol o función social. Este proceso conduce a una interiorización de la norma social, por la cual el ordenamiento externo se convierte en propio y las regulaciones se transforman en necesidades íntimas.

Quien se aparta de la norma lo hace en uno de dos sentidos: por variación del comportamiento, con lo cual la persona habrá introducido en su conducta diferencias más o menos fuertes, pero aún aceptables e incluso plausibles a los ojos de la sociedad (por ejemplo la moda); o por desviación del comportamiento establecido hacia campos francamente antisociales, lo cual no es aceptado por la comunidad pues lesiona en alguna forma el ordenamiento.

El control social, que presiona al individuo a aceptar la norma, se ejerce, entre otras formas, a través de métodos coercitivos que convierten a quien se desvía, en sujeto de desaprobación y castigo al hacerlo responsable de las consecuencias de sus propios actos que afectan el normal curso de una sociedad.

8.3 MEDICINA Y DERECHO

Las dos ciencias sociales más antiguas, una encargada de regular las relaciones entre los miembros de la comunidad y la otra de velar por su salud y bienestar corporal, han tenido desde el comienzo estrechos lazos; ambas persiguen fines altruistas, ambas cuentan con individuos orientados al bien común y entregados al servicio de sus semejantes. Tanto la una como la otra aspiran al rigor científico de sus postulados y a la averiguación de la verdad como fórmula para resolver los problemas que se les presentan.

La medicina tuvo orígenes en el poder mágico de los sacerdotes que recibían de la divinidad el don de curar; el derecho pide la sabiduría a los dioses para convertir los designios de la justicia en implacables. Ambos, médico y abogado, han detentado el poder sobre el ser humano común, para dar o quitar, primero la vida y luego salud o libertad, los más caros bienes terrenales.

Por tales motivos es preciso buscar puntos de encuentro en el mundo actual, donde el conocimiento se encuentra tan atomizado; puntos que permitan establecer piedras de toque para estos intentos interdisciplinarios que pretenden englobar la comprensión de fenómenos viejos y nuevos, que tienen como centro al ser humano.

La historiografía de estas ciencias muestra cómo en los siglos pasados los intentos han ido de lo concreto a lo abstracto, hasta alcanzar hoy niveles de complejidad impensables apenas hace veinte años; y si la tecnología ha desbordado todas las expectativas, la medicina, que ha logrado seguirle el paso, utiliza racionalmente sus aplicaciones y en el presente efectúa verdaderos milagros.

Estos adelantos maravillosos, sin embargo, van seguidos de cerca por el derecho, que aunque 'nace viejo', por tratarse de una ciencia cultural que requiere de un proceso de decantación para establecer normas de comportamiento social, en este siglo veinte que no da respiro ha debido aplicar su sabiduría no sólo a resolver problemas de ocurrencia reciente, sino aun a esforzarse por primera vez en su historia para precaver soluciones al futuro.

Asuntos como la vida y la muerte, que de verdades manidas han tornado a ser cuestiones inconclusas, plantean a la medicina y al derecho el reto de una nueva definición, necesaria para actuar o dejar de hacerlo ante las posibilidades que brinda la ciencia.

Hace poco los científicos británicos tuvieron que tomar la decisión de detener sus experimentos, por no encontrar un camino desbrozado ni por la ética ni por el derecho: ¿qué hacer con la posibilidad de reproducir por clonación un embrión humano?

Y si el piso que había propuesto la medicina está desmoronándose, de otro lado la economía mundial racionaliza la utilización de la riqueza y genera para el Estado nuevas obligaciones: ahora vivimos en un mundo de la seguridad, cuando apenas ayer, con el triunfo de las revoluciones del Siglo XVIII se nos había condenado a vivir el mundo de unas libertades mal entendidas y peor administradas.

Esa seguridad corre por cuenta de un Estado Benefactor, que se ha impuesto la tarea de responder ante sus administrados para dar satisfacción a las necesidades básicas y para garantizar la efectividad de unos derechos fundamentales de la persona, intangibles y sagrados.

La seguridad garantizada de que problemas tales como la salud no quedarán sin solución, involucra de inmediato al médico. Hoy en Colombia apenas estamos comenzando a entender el concepto de Seguridad Social, y nuestras leyes en ese sentido, esas que nos confieren derechos, son hasta el momento poco menos que meras declaraciones de intención.

Entretanto, el médico, único ser capaz de realizar este sueño del Estado, sufre los embates de comerciantes interesados y particulares necesitados. Y el Derecho va tras ellos, resolviendo disputas y tratando de encontrar el fiel de la balanza.

La relación entre medicina y derecho administrativo, destaca de qué manera en la moderna concepción del Estado, el administrado más que reclamar una indemnización como consecuencia de la actuación descuidada o ineficaz de la administración, reclama por la reparación del daño que se le causó y que no está obligado a soportar. Es lo que se denomina responsabilidad sin culpa, o responsabilidad objetiva del Estado.

Así las cosas, un ente de salud de carácter oficial, pagará al damnificado (víctima o derechohabiente) para reparar, y luego se preocupará de repetir contra el agente que ha incurrido en grave culpa (art. 90 C .R y 78 Código C. A.); aunque este precepto aparentemente no deje lugar a dudas, nos encontramos muchas veces - y aún es la tesis campante en el Consejo de Estado- con falla presunta del médico tratante (y por ende una responsabilidad objetiva), como si por encontrarse incluido en la nómina oficial hiciera automáticamente parte de los activos inventariados de la administración. Un médico no es un poste, hemos dicho y repetimos, por lo que no puede dársele el mismo tratamiento cuando se reclama por el daño causado. Al poste no habrá que probarle conocimiento, ni voluntad, ni intención de causar daño; al médico sí, sencillamente porque es Persona.

Por fortuna ha aparecido la ley 200 de 1995, consagrando la proscripción de la responsabilidad objetiva en el proceso disciplinario, proscripción con la que esperamos que todo el derecho administrativo sea rápidamente contaminado.

Porque en aras de la defensa del ciudadano, se entiende que la entidad oficial sea responsabilizada objetivamente visto el asunto. Pero cuando esta sentencia cobija al funcionario-médico, se quiebra el principio filosófico que inspira la doctrina de la falla presunta, para derivar por esta vía en una responsabilidad personal objetiva.

En el caso de la medicina ante el derecho penal, afortunadamente por la prohibición contenida en el artículo 5° del código penal, al médico y al personal paramédico se le respeta aún, en la misma medida en que se le respeta al resto de los colombianos, la presunción de inocencia. Es un antemural que contiene los avances de una escuela ultrapositivista de gran peligro, que ahora trata de abrirse paso a través de la Corte Constitucional, como veremos adelante.

Pero al médico y al abogado le son comunes temas como los del incesto, el aborto, los delitos sexuales, la inducción al suicidio, las lesiones, la muerte, la inimputabilidad por trastorno mental y tantos otros que requieren de un estudio

conjunto. Sin el concurso efectivo del profesional de la medicina, un juez no estaría en posibilidad de determinar si el hecho se cometió, si la persona sindicada es responsable y, muchas veces, ni siquiera si es imputable o no. La medicina legal ha desarrollado todo un vocabulario propio y el auxiliar de la justicia tiene el grave encargo de conceptuar sobre temas tan delicados, que sin duda de estos conceptos hará depender la libertad y la honra de muchos conciudadanos. Toda la información científica de que disponga debe ser entregada al juzgador, sin que pueda reservarse ningún dato ni aún amparándose en un inexistente (para estos casos) secreto profesional.

Con el derecho civil las preocupaciones comunes más actuales giran en torno a los conceptos de persona: (principio y fin), capacidad mental, interdicción; contrato como fuente de obligaciones médicas; vínculo de responsabilidad entre personas naturales (médicos, enfermeras) y personas jurídicas (clínicas, EPS, IPS, etc.) temas álgidos en un mundo cambiante, donde el ciudadano es más consciente que ayer de sus derechos como persona y de las obligaciones y responsabilidades profesionales del facultativo con el que contrata o de la entidad donde es atendido, pero también un mundo en donde todas las cosas parecen signadas por el dinero, incluyendo la recuperación de la salud perdida. Particulares vemos, entonces, convencidos de que tienen derecho a un resultado milagroso simplemente porque consideran que han 'pagado' por él. La frustración es grande y la ambición mucha, cuando el fracaso médico los pone ante el dilema de demandar o no al galeno como 'responsable'.

El derecho del trabajo contiene asuntos como la incapacidad laboral, los accidentes de trabajo, la vejez, la invalidez y la muerte del trabajador, que necesitan ser analizados y definidos por la medicina, para mantener ese frágil equilibrio que a duras penas existe entre el trabajador y el empleador, llámese éste privado o público.

El derecho constitucional parece haber adquirido por fin una dimensión personal a través de problemas planteados por la aplicación de ciertos derechos fundamentales como el derecho a la vida digna, a la autonomía, a tener una familia, a la salud, a una muerte digna, a la sexualidad y la procreación. Es sumamente interesante ver cómo la tendencia de la Corte Constitucional ha sido la de rescatar el valor y sentido de la persona frente al aparato, frente a la mole insensible y fría del Estado.

Aunque en este loable intento el movimiento pendular brusco haya conducido a una interpretación exagerada del principio de autonomía (a propósito, por ejemplo, la voz disidente del Magistrado José Gregorio Hernández considera "errónea la idea de que el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la autonomía del individuo conduzcan forzosamente a satisfacer los caprichos del paciente, imponiendo sus criterios por encima de los conocimientos especializados y sacrificando el núcleo esencial de discrecionalidad que, en el campo respectivo,

supone, al menos en principio, el ejercicio de toda profesión" y por tanto ha dicho que "la autonomía del paciente en cuanto alude al consentimiento para que se le administre cierto tratamiento radica en aceptarlo o rechazarlo, optando en éste último caso por acudir a un profesional diferente, pero no puede consistir en hacer que obligatoriamente prevalezca la alternativa escogida por el enfermo, sobre la conciencia del médico, supeditando la actividad de éste a la elección de aquel" (Corte Constitucional, Salvamento de voto a la sentencia T- 401 del 12. 09. 94), o a una visión cándida y económicamente muy descontextualizada de las obligaciones del Estado, imponiéndole cargas no presupuestadas, que en breve tiempo, de no encontrarse otro camino, se tornarían simplemente en obligaciones irresistibles.

Sin embargo, hoy nadie niega el papel fundamental que ha jugado la Corte Constitucional, básicamente en lo relacionado con las revisiones de tutela, para rescatar al Hombre de ese marasmo institucional y burocrático a que había sido condenado por el Ente Público durante los últimos 100 años.

Y aún sería necesario examinar aquello que a pesar de ser propio de su objeto no alcanza todavía la ciencia del derecho; nos referimos a esos problemas planteados por la tecnología, como los de la reproducción asistida, el cambio de sexo, la clonación, paternidad disputada, eutanasia y otros que preocupan al hombre de ciencia de hoy.

Es el sendero de la Ética Profesional ese recto camino en el que deben encontrarse médicos y juristas para lograr su cometido de darnos un mundo mejor. El principio de la honestidad intelectual y profesional, que nosotros predicamos, es la llave para un desarrollo sin trabas y un bienestar general. La buena fe, que ha perdido su sitio en esta época en que se encuentran barajados los valores, debe ser recuperada y reconstituida en y para la sociedad. Hombres honestos que consideren honestos a sus semejantes, sería todo lo que habría que pedir.

Porque mientras la inseguridad y la desconfianza inficionen la sociedad entera como hasta ahora pasa, incluidas la práctica médica y la administración de justicia, nada podrá lograrse.

9. RESPONSABILIDAD

9.1 CONCEPTO

Es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho o acto.

Las normas de comportamiento social tratan de proteger a las personas (naturales o jurídicas) entre sí, con el fin de evitar atropellos y lograr en esa forma la preservación del equilibrio social en general.

En términos amplios, la responsabilidad puede ser catalogada como personal (cuando sólo se debe responder ante la propia conciencia de un acto inmoral), profesional (que consiste en dar cuenta ante organismos especializados, encargados de vigilar que unas normas de desempeño de una ciencia o arte se cumplan) y jurídica (que obliga a responder ante la sociedad, en cabeza de sus jueces, por una trasgresión a la ley).

La responsabilidad jurídica, a su vez, puede ser civil, particularmente cuando se atenta contra un bien o derecho de tipo privado, lo cual obliga a resarcir en forma patrimonial o pecuniaria; penal, cuando se afecta un derecho catalogado como bien social, el cual incluye la vida e integridad de los individuos, de modo que cuando se viola obliga a pagar mediante sanción o pena que la sociedad impone, y responsabilidad administrativa cuando el responsable es un ente público o un servidor oficial.

La responsabilidad es la consecuencia jurídica de la violación de la ley, realizada por quien siendo imputable o inimputable, en forma activa, omisiva, dolosa o culposamente lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídicamente tutelado.

Dentro de los postulados de la escuela clásica, la responsabilidad se basa en la libertad moral y juega papel importante el libre albedrío. Las personas responden jurídicamente por sus actos porque pudiendo y debiendo obrar conforme al derecho no lo hacen.

Nuestro Código Penal exige, para poder hablar de responsabilidad, que exista:

1. Una conducta humana que encaje dentro de una norma penal descrita.

2. Que tal conducta lesione o ponga en peligro de lesión el bien jurídicamente tutelado, sin justa causa.

3. Que el agente autor de tal conducta obre dolosa, culposa o preterintencionalmente.

El dolor es la intención positiva de causar daño a alguien, y penalmente abarca el conocimiento de la ilicitud y la conciencia de antijuricidad.

Jurídicamente, al hablar de responsabilidad, encontramos dos clases:

1. La objetiva.
2. La subjetiva

9.2 RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Es la que surge por la causación material de un resultado lesivo, sin tener en cuenta la esfera volitiva del sujeto activo de la conducta. Se presenta cuando hay: una acción, un resultado dañoso y un nexo causal entre acción y resultado dañoso. Es decir, cuando el resultado es producto de la acción.

Como ejemplos de responsabilidad objetiva podríamos citar el ejercicio de actividades peligrosas, como sería la conducción de vehículos automotores. Está consagrada en nuestra legislación civil.

9.3 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Este tipo de responsabilidad exige, para la atribución del resultado dañoso a un sujeto activo determinado, que se tenga en cuenta su esfera volitiva integrada por el ámbito cognoscitivo y la capacidad de autorregulación de su conducta, al menos en principio, pues tratándose de los imputables tendríamos que aceptar simplemente su culpabilidad natural.

El artículo 5 del Código Penal consagra el principio de culpabilidad e igualmente la proscripción de la responsabilidad objetiva, fijando como única forma de responsabilidad penal la subjetiva. En consecuencia, la responsabilidad subjetiva presenta los siguientes componentes:

1. Acción.
2. Resultado dañoso.
3. Nexos causal objetivo entre acción y resultado dañoso.

4. Nexa causal subjetivo: que el resultado sea atribuible al autor a título doloso, de culpa o preterintención o de culpabilidad para los inimputables.

En cada actuación médica se debe tener conciencia de aquello que genera responsabilidad, la cual puede ser civil o penal, y la primera de índole contractual o extracontractual. Si se aprecia una infracción del deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente que tiene reproche penal, ha de vincularse la conducta a uno de los distintos tipos penales que admiten su forma culposa (muerte o lesiones) para fijar la pena y, en su caso, las responsabilidades civiles a que hubiera lugar. Conforme al doctrina penal del Tribunal Supremo en el caso de culpa médica, no la constituye un mero error científico o de diagnóstico excepto cuando tales desaciertos constituyen una falta cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, como tampoco cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización. En estos casos afirma la jurisprudencia, ha de acudir para su evaluación a las circunstancias de cada caso concreto con las dificultades que ello implica dada la propia naturaleza de la ciencia médica, tanto respecto de su contenido teórico, carente de exactitud matemática, como respecto de lo que constituyen los constantes avances científicos, particularidades que, además, determinan en otro plano de la cuestión un grave problema a la hora de permitir una reacción defensiva posprocesal al médico denunciado.

9.4 RESPONSABILIDAD PERSONAL

Responde ante la propia conciencia de un acto (inmoral), hace parte del individuo y debe ser forjada desde niños con la educación y el ejemplo familiar pero consolidado y perfeccionado con la educación y ejemplo escolar. Debe tender a buscar la perfección, en todo lo que uno hace (para bien de uno y de los otros) o por lo menos respetar los derechos de los demás.

9.5 RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Es una responsabilidad ética y moral profesional (deontología médica). La ética profesional no es más que la traducción de las normas generales de la moral humana que el médico como ser humano debe poseer y que luego de ser bien preparado e instruido por sus maestros debe aplicar en su profesión. Da cuenta ante los organismos encargados de vigilar que se cumplan ciertas normas de conducta.

El concepto de de acto medico ha sido bien definido y se debe diferenciar de caso fortuito, culpa y dolo. Es decir distinguir entre la falta grosera por negligencia o ignorancia, de algo impredecible que se califica de fatalidad, los errores no culposos que puede cometer todo ser humano, pese a toda buena preparación, equipamiento y buena intención.

La relación medico paciente ha cambiado con el tiempo, se pasa de una fe ciega a una confianza relativa que hace vital presencia de información y consentimiento y además se nos conmina a la obligación no de medios sino de resultados.

La medicina no esta por encima de las leyes. Los legisladores y jueces no toman en cuenta el perecer de médicos y enfermeras solo el del paciente. Además ya nos encontramos rodeados de otros profesionales mediocres e inescrupulosos, por lo tanto hay que convivir con esa situación y el medico debe afrontarla lo mejor posible con:

- Una actitud adecuada que es simplemente un comportamiento ético basado en los principios de beneficencia, autonomía y equidad.
- Adecuada formación tanto académica como la especializada.
- Documentos en orden (Diplomas, certificados)
- Adecuada preparación personal y del equipo humano que colaborara en lo que se va a realizar.
- Adecuada infraestructura para lo que se va a efectuar Si no se cuenta con la misma, hay que tener el valor de rechazar el procedimiento y dejar constancia escrita de ello.
- Dialogo interdisciplinario, no hay que actuar sin consultar con otros especialistas.
- Dialogo sincero con el paciente y su familia.
- Un adecuado consentimiento informado y los fascículos presuntivos.

El consentimiento informado es el fruto del paso de beneficencia a autonomía y una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina. Nunca es bastante completo, por ello hay de, contar con una adecuada documentación, un fascículo de presunciones basado en documentos adecuados de consulta, resumen de consulta, entregado al paciente de preferencia antes del acto si el mismo será electivo, historia clínica y resumen de hospitalización o defunción, entregados al paciente o a la familia. El buen manejo del expediente clínico es la imagen de la práctica del médico.

Para hacer firmar el consentimiento informado hay que recibir al paciente y su familia antes del acto terapéutico, en consulta de preferencia, informarles sobre las consecuencias y riesgos razonables previsibles y no sobre los excepcionales.

Concluido el acto medico motivo del consentimiento informado hay que mantener al corriente a al familia de lo realizado, de lo bueno y de las complicaciones

encontradas y de lo que espera, dentro los limites razonables, al paciente. Los procesos nacen del comportamiento del médico, no de su saber.

9.6 RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Para que halla responsabilidad jurídica, debe existir falta, debe existir daño y debe existir una relación de causalidad. La cual puede ser civil o penal. De acuerdo a la técnica jurídica: objetiva, subjetiva, contractual o extracontractual.

La Ley 3131 de septiembre de 2005 sobre el ejercicio profesional medico, pero y si bien ella misma no contiene muchos conceptos sobre la problemática de la responsabilidad medica, por lo menos contempla que debería crearse el Instituto Medico de Conciliación y Arbitraje y queda a esperar que su reglamento sea útil.

10. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Debido al incontenible avance de las ciencias y, en particular, de las ciencias biológicas, la jurisprudencia ha tenido que enfrentar retos antes insospechados. Los problemas clásicos del actuar médico han continuado, pero unidos a situaciones nacidas de nueva tecnología y nuevas concepciones de la enfermedad que han dado origen a problemas éticos, filosóficos, políticos, profesionales y legales.

La responsabilidad civil puede ser contractual y extra-contractual. La primera se origina en el incumplimiento de obligaciones nacidas a través de un contrato. La segunda se origina en el daño al patrimonio de otra persona con quien no existe un vínculo contractual y tiene como fuente una conducta que rompe el deber de diligencia, cuidado y prudencia de las personas en sociedad. Por dar origen a un crédito, la responsabilidad civil es transmisible, es decir, puede transferirse a los herederos, quienes eventualmente deberán responder con su patrimonio de los hechos ocasionados por su pariente.

10.1 EL ACTO MÉDICO COMO CONTRATO

El contrato es un acto jurídico que genera obligaciones, es una limitación que la persona impone voluntariamente a su libertad. En efecto, el sujeto que contrata se obliga; promete dar, hacer o no hacer algo que, si no fuera por este convenio, no tendría como carga.

Se ha discutido ampliamente en el campo de la Jurisprudencia qué tipo de contrato es el que se establece; entre el paciente y su médico. Varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente. Ellas incluyen la del mandato, la de locación de servicios, la de locación de obra, la de contrato innominado y otras muchas, para terminar aceptando que el Acto Médico es una forma especial de contrato denominado, precisamente, acto de Asistencia Médica.

Respecto del Contrato de Servicios Médicos la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

«...Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del Título XII del Libro 4 del CC, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a

la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro...»

Cuáles son los elementos de ese contrato? Para responder a ésta pregunta es conveniente aclarar primero que existen elementos esenciales, naturales y accidentales en la formación de los contratos civiles.

Si falta alguno de los llamados esenciales, simplemente el contrato que se pensaba configurar no existe.

Los elementos naturales son los que existen en ese tipo de contrato que se ha celebrado, aunque no se diga expresamente. Es obvio, por ejemplo, que en el contrato de prestación de servicios médicos profesionales o de asistencia médica, va incluida la obligación del paciente de remunerar el trabajo del médico. Es de su naturaleza. Como de su naturaleza es -y por tanto se sobreentiende- la obligación del médico de poner de su parte toda su pericia y conocimientos con el fin de recuperar la salud del paciente. Sin embargo, las partes pueden modificar estos elementos, si no atentan contra el orden público o las buenas costumbres, de modo que, por vía de ejemplo, el médico que quiera atender de forma gratuita a un paciente, bien puede hacerlo.

Accidentales son los otros elementos que deben pactarse adicionalmente, porque la ley no los sobreentiende y consisten en cuestiones accesorias que las partes acuerdan: el médico operará al paciente que lo requiera y se compromete, porque éste así lo pide expresamente, a visitarlo tres veces al día; o efectuará la operación con rayos láser y no con escalpelo, porque así se ha pactado, etc.

Y como del contrato emanan obligaciones, según vimos, será preciso ahora hablar de los elementos que conforman esas obligaciones recíprocas nacidas entre médico y paciente por virtud del contrato: sujeto, objeto y vínculo.

Los sujetos son el paciente y el médico, que ejercitan su principio de libertad y voluntad, alrededor de un objeto: la recuperación o conservación de la salud del enfermo, mediante un vínculo jurídico, es decir, actuando bajo el amparo de la ley que genera para una y otra parte obligaciones y derechos recíprocos. Como hemos mencionado, es una obligación de medios, por tanto, el compromiso es utilizar todos los elementos adecuados para la consecución del fin, sin ofrecer ninguna garantía.

No hay obligación sin causa. Nadie está «ligado civilmente a otra persona sino por una razón determinada fuente de la obligación». Las personas que vivimos en esta sociedad somos libres y no tenemos más obligaciones que las nacidas del acto jurídico, del hecho ilícito, del enriquecimiento sin causa justa o de la ley.

El médico debe reparar el daño sufrido por su paciente cuando debió atenderlo en debida forma (por un contrato o acto jurídico extracontractual) y como consecuencia de su conducta reprochable, generó un perjuicio o daño; o cuando incurrió en una conducta médica prohibida y generó el daño (hecho ilícito) o cuando, por mandato de la ley estaba obligado a atender al paciente y no lo hizo. (El caso del enriquecimiento ilícito en el campo de la actividad médica no encuentra aplicación).

Mirando el contrato de servicios o asistencia médica, como fuente de las obligaciones, debe precisarse que da origen a las llamadas «obligaciones de medio y no de resultado». El médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución.

Este contrato es bilateral, pues origina responsabilidades para ambas partes. Es además un contrato de tipo consensual, es decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Por lo tanto, todo documento que se suscriba tiene un carácter «ad probationem», que para este contrato específico es de gran utilidad, si se presenta cualquier conflicto que en últimas genere responsabilidades para las partes.

Para el perfeccionamiento del contrato se requiere la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo. El contrato médico requiere, particularmente, del consentimiento del paciente, pues se va a intervenir sobre su cuerpo. Cuando se actúa sin su consentimiento previo, en casos de extrema urgencia en donde esté en peligro inminente la vida del paciente, se genera una relación extracontractual que igualmente origina obligaciones recíprocas, como veremos.

Algunos juristas sostienen que el contrato médico-paciente es de los llamados «de obra y empresa». Cuando el deudor posee los conocimientos y habilidades para «hacer» alguna obra, puede obligarse a realizarla, como el alfarero que se compromete a fabricar una olla de barro, o el arquitecto a construir un edificio, o el conductor de un vehículo a transportar a sus pasajeros. La persona actúa sirviéndose de unos materiales para obtener un resultado querido, gracias a esos conocimientos o habilidades.

«...hay contrato de obra o empresa siempre que dos personas se obligan entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de ésta. Es indiferente la naturaleza material o inmaterial de la tarea o labor objeto del contrato. Si se pone atención sobre relaciones jurídicas que constantemente y a diario se forman con personas dedicadas a determinadas actividades especializadas que constituyen para ellas fuente de rentas de trabajo, se advierte a poco que tales relaciones no son otra

cosa que contratos de obra o empresa: el electricista que hace la reparación de un aparato; el albañil que refacciona una pared; el pintor que le da color a un edificio; el médico que atiende a un enfermo; el ingeniero que mide un terreno; el abogado que se encarga de estudiar la titulación de un inmueble y rendir concepto sobre ella... Todos esos son casos concretos de contrato de obra o empresa...»

Para otros juristas, el contrato tiene un enfoque diferente:

La legislación civil regula el contrato de prestación de los servicios médicos; el vínculo jurídico por el cual el médico y el paciente se obligan, la ley lo define como un contrato en el que las partes se comprometen, una a prestar asistencia médica (el deudor) y la otra a pagar un precio (acreedor del servicio).

Dentro del Capítulo IX, Título XXIV, Libro IV del Código Civil, referente al arrendamiento de servicios inmateriales, dispone en el artículo 2069:

«...Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el art. 2144, se sujetan a las reglas del, mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas...»

El artículo 2144 preceptúa:

«...Los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato...»

Así las cosas, el servicio que prestan los médicos se regirían por la regulación relativa al arrendamiento de servicios inmateriales contenida en los artículos 2063 del código civil y a las normas del mandato, artículo 2142 y del mismo código.

La capacidad de las partes, el mutuo consentimiento, el objeto y la causa, son elementos propios de este negocio jurídico. Se trata además de un contrato oneroso y conmutativo, en el cual cada una de las partes tiene claramente definida su prestación:

El paciente paga un precio al profesional médico y éste se compromete a prestar un servicio como una manera de obtener, en algunos casos, un resultado definido y en otros a realizar el tratamiento adecuado conforme con los adelantos científicos del momento.

También el paciente se compromete a seguir las prescripciones indicadas, para el éxito del servicio.

No obstante la claridad de la disposición legal citada, entendemos que el contrato de asistencia médica, dadas sus particulares condiciones, no puede asimilarse a un mero arrendamiento de servicios profesionales, pues en medicina las

obligaciones del profesional son más amplias que las que consistirían simplemente en el cumplimiento de un mandato con el fin de celebrar actos jurídicos. En efecto, los servicios del médico no implican representación de alguien; no se prestan al paciente «por encargo de alguien» (que se llamaría mandante). La disposición se dictó, por lo que se refiere a la novedad anotada, con un criterio clasista. No se quiso que ciertos servicios profesionales considerados nobles y honrosos, quedaran sometidos exclusivamente a las reglas del arrendamiento de servicios (art.2069), y no se quiso que por aquellos servicios se pagara un salario sino un honorario (palabra ésta que ya sugiere la idea de honor).

Entonces, se trata de un contrato innominado por el código, que la doctrina ya ha acordado llamar «de asistencia médica» o «de servicios médicos».

Obligación es todo vínculo del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra.

El contrato es un acto jurídico que genera obligaciones, es una limitación que la persona impone voluntariamente a su libertad.

Se ha discutido ampliamente en el campo de la Jurisprudencia qué tipo de contrato es el que se establece entre el paciente y su médico. Varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente. Ellas incluyen la del mandato, la de locación de servicios, la de locación de obra, la de contrato denominado y otras muchas, para terminar aceptando que el Acto Médico es una forma especial de contrato denominado, precisamente, de Asistencia Médica.

El contrato de servicios o asistencia médica es de las llamadas 'obligaciones de medio y no de resultado'. El médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución.

Para el contrato se requiere la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo. El contrato médico requiere, particularmente, del consentimiento, excepto en casos de extrema urgencia, en donde esté en peligro inminente la vida del paciente.

10.2 OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

Con base en la consideración del objeto de cada contrato, en este sentido, si el objeto existe o se espera que exista, el deudor puede obligarse a un resultado: Dar, hacer o no hacer algo.

En cambio, si el objeto del acto es una simple «alea», si su existencia no depende de la voluntad y acción directa del deudor, sino que, en todo o en parte esta condicionada por el azar, nos encontramos frente a lo que los romanos llamaban ya la «emptio spei» (compra de la esperanza), como ocurre cuando el particular acude al consultorio del médico, con la esperanza de obtener su curación. En estos eventos, el resultado no se puede garantizar, pero el contrato es válido. Si el resultado no se logra, pero el médico deudor ha puesto de sí todo lo que se esperaba, no hay responsabilidad de parte suya.

Si el resultado se malogró por culpa grave o dolo del médico-deudor, es claro que debe responder.

Esto es conocido desde hace muchos años por la jurisprudencia colombiana, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 5 de Marzo de 1940):

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

Pero qué ocurre si, como en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma?

Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El «alea», pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto.

No puede comprometerse se por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer «solamente lo que esté a su alcance». Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina.

El objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería «la actividad del deudor». El fin de la obligación sí sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.

Existen obligaciones que persiguen no solo la conducta del deudor, sino un resultado concreto. En lugar de producir un resultado, en otros casos el deudor legal o convencionalmente es obligado a tomar ciertas medidas que normalmente

son aptas para conducir a un resultado... El médico no promete la curación; solo promete sus cuidados. Se ha pensado declarar culpable a todo médico cuyo paciente muere, a menos que pruebe la fuerza mayor?.

Como enseña el expresidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr Guillermo Ospina Fernández:

«...Las obligaciones son de medios cuando el resultado a que éstas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor...Esta clasificación coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o, mejor aun, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas...»

En Argentina, por ejemplo, la doctrina general se encuadra dentro de las obligaciones de medio, cuando se afirma que:

«...no debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad. El médico, cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe, en la conducción de sus actos profesionales, con la diligencia común a todo ser humano...»

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, también ha decidido exigir al médico sólo los medios que tiene posibilidad de poner al servicio de la salud del hombre y no los resultados que ese hombre esperaría de un médico omnipotente.

«...la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado...» (Nov. 26 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe).

La posición actual del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Abril de 1994, expediente 7973, Magistrado ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta) es la siguiente:

«...el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo.

Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala solo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de Junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable...».

El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de lege ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo...Es por eso que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:

Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos) arrimados al juicio, permitirán i a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones «homini» de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes (Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8 Ed, Abelardo Perrot, pag 497).

Qué criterios existen, desde el punto de vista legal, para reconocer cuando una obligación es de medio o de resultado? La primera la presenta el Profesor Tamayo Jaramillo:

«...En la práctica lo que caracteriza las obligaciones de resultado es el hecho de que el deudor en veces no tiene forma de liberarse, y otras solo lo libera la prueba de una causa extraña; mientras que en las obligaciones de medio el deudor en ocasiones se presume culpable, pero puede desvirtuar la presunción demostrando

diligencia y cuidado, y en otras oportunidades al acreedor o víctima le corresponde demostrar la culpa del deudor...»

De acuerdo con el mismo autor, existen en la práctica tres formas de declarar una obligación como de medio o de resultado:

- Por decisión expresa del legislador, al establecer que el deudor sea condenado solamente cuando se demuestre culpa, y determine un régimen probatorio de dicha culpa, bien sea porque la carga de la prueba recaiga en el demandante (quien tendrá que probar que el médico actuó incorrectamente) o en el demandado (quien tendrá que probar que actuó en forma adecuada). (Artículos 1730 y 2005 del Código Civil).
- Por acuerdo de las partes, quienes libremente pueden convenir en que la obligación sea de medio o de resultado, al amparo del artículo 1604 del Código Civil.
- Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico, incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

«...En las obligaciones de resultado la responsabilidad del deudor queda comprometida desde que aquel no se obtiene, mientras que en las de medio la sola falta del resultado querido no basta, pues se requiere, además, una conducta culpable o dolosa del deudor. Esto acarrea una gran facilidad probatoria en el primer caso, ya que para comprometer la responsabilidad del deudor bastará demostrar el contrato y no haberse obtenido el resultado prometido, arrojando sobre la parte contraria toda prueba eximente, y una mayor dificultad en el segundo, pues para comprometer la responsabilidad del obligado habrá que demostrar su culpa o dolo».

Las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley. Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; es decir, de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del derecho.

En general, estas actuaciones van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación 'de medio' y no 'de resultado', el acto jurídico se

cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple sino actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Esto es conocido desde hace muchos años por la jurisprudencia colombiana, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 5 de Marzo de 1940):

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

"... En las obligaciones de resultado la responsabilidad del deudor queda comprometida desde que aquel no se obtiene, mientras que en las de medio la sola falta de resultado querido no basta, pues se requiere, además, una conducta culpable o dolosa del deudor. Esto acarrea una gran facilidad probatoria en el primer caso, ya que para comprometer la responsabilidad del deudor bastará demostrar el contrato y no haberse obtenido el resultado prometido, arrojando sobre la parte contraria toda prueba eximente, y una mayor dificultad en el segundo, pues para comprometer las responsabilidades del obligado habrá que demostrar su culpa o dolo."

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, como hemos mencionado, también ha decidido exigir al deudor, sino un resultado concreto. En lugar de producir un resultado, en otros casos el deudor legal o convencionalmente obligado a tomar ciertas medidas que normalmente son aptas para conducir a un resultado... El médico no promete la curación; sólo promete sus cuidados. Se ha pensado declarar culpable a todo médico cuyo paciente muere, a menos que pruebe la fuerza mayor.

La especialidad médica de la anestesiología es ajena a las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito e impredecibles inherentes a cualquier enfermo que se someta a una intervención quirúrgica cuya base sea el procedimiento anestésico.

El anestesiólogo pone de su parte lo mejor de su arte, su cuidado, su pericia y prudencia, además del afecto mismo por el paciente, como lo hace cualquier profesional médico de otras áreas. Sin embargo, aún colocando lo mejor y más actualizado de sus conocimientos, lo más depurado de su arte, su cuidado, pericia y prudencia, hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros profesionales de la medicina, la mayor parte de los diagnósticos de eventos desafortunados que pueden presentarse durante el curso de una anestesia, o la prevención de los mismos, solo puede hacerse con base en la monitoría, la cual para que sea apropiada debe ser precisa y debe hacerse con aparatos mecánicos y/ o

electrónicos cuyo suministro y mantenimiento adecuados corresponde a las entidades hospitalarias y no a los médicos anestesiólogos.

Por lo anterior, el paciente debe entender la delicadeza del acto anestésico y sus posibles complicaciones, pues no se trata únicamente de "dormir" al paciente y permanecer a su lado para evitar que despierte o sienta dolor. No!. El anestesiólogo tiene una enorme responsabilidad en la sala de cirugía: es el médico internista del quirófano y maneja al paciente en forma integral junto al cirujano que interviene.

10.3 EL DAÑO

Siempre que se afecte un bien patrimonial o extrapatrimonial protegido por la ley, podremos hablar de daño reparable. Este principio del derecho privado se enuncia de la siguiente manera: todo el que causa un daño, está obligado a repararlo. Pero atendiendo a los términos de la definición, comprendemos que esa reparación correrá a cargo de una persona sólo cuando legalmente pueda considerarse que es "culpable", ya que a nadie puede reclamarse por los actos que cometa sin culpabilidad. "Fue sin culpa", decimos coloquialmente cuando queremos que nos excusen de un comportamiento que es malo o causa incomodidad o daño, pero que no nos sentimos en la obligación moral de reparar.

En efecto, puede darse el caso (y es más frecuente de lo que se piensa), de un paciente que ingresa a un centro asistencia! o consulta a un médico en su despacho privado, buscando alivio a su dolor; el profesional lo interviene y el resultado esperado no se alcanza. El paciente continúa con su molestia o enfermedad. Pregunta: puede exigirse al médico la indemnización? Porque en realidad el paciente invirtió un dinero, dejó de trabajar un tiempo mientras estuvo recluso o incapacitado, sufrió las molestias propias del tratamiento o intervención, en fin, quiere recuperar lo económico ya que su salud no tuvo mejoría. Respuesta: hemos de decir categóricamente que, sin que se haya desmejorado la salud (física o mental según se trate el caso por el que se haya acudido a la consulta); si la actividad del médico ha sido correcta de acuerdo con la ley del arte y si, sin su culpa, el estado del paciente no ha mejorado, no habrá lugar a indemnización. Se ocasionó un daño, es cierto. Pero también lo es, que ese daño no es indemnizable porque no es culpable.

10.4 LA CULPA

La culpa es la inobservancia de un deber de cuidado y sus fuentes son la imprudencia, la negligencia, la impericia y la violación de reglamentos; esta última, aunada a cualquiera de las anteriores. La culpa puede darse por representación o

sin representación. La primera se presenta cuando el sujeto activo de la conducta se representa o figura el resultado, pero confía en poder evitarlo. La segunda se da cuando no hay representación del resultado dañoso, aun cuando éste debe ser previsible.

La culpa se puede definir como una omisión de cálculo. Como una falta de previsión de un resultado desastroso.

La doctrina jurídica dice: «...Hay culpa cuando el agente no previó 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, Sentencia de Junio 2 de 1958).

A este respecto la gradación de la culpa se ha clasificado por la ley civil en tres grupos (art. 63 del CC):

«...La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

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

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

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

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

Hay, aparte de la gradación de la culpa, otra clasificación importante, que distingue los tipos de causa que generan error de conducta: se habla en primer término de la impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento médico, particularmente cuando éstos no han sido certificados por alguna institución reconocida legalmente.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la «inobservación des regles d'art» de la doctrina francesa; a la «malpractice» de los anglosajones y al «kunstfehler» de los alemanes.

En el aspecto de tratamientos invasivos, concretamente de tipo quirúrgico u operatorio, se deben tener en cuenta el riesgo de la intervención, el diagnóstico preoperatorio, la técnica utilizada, el conocimiento de las variaciones anatómicas, la experiencia con variedades o anormalidades anatómicas y el manejo postoperatorio, entre muchos otros (18).

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia (en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia, pues bien puede haber ocurrido que el médico intervenga apremiado por una circunstancia que lo va a exonerar de responsabilidad, como es el denominado «Estado de necesidad», que obliga a intervenir a un paciente por el peligro inminente en que se encuentra su salud o su vida) ejemplo: El médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio.

La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente. En este caso el error cometido no se puede excusar.

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, las actitudes de confianza en la evolución esperada que llevan al médico tratante a descuidar la observación continua (distinta de "permanente", pues algunos jueces esperan que el médico se postre en la cama vecina, para acompañar al enfermo las 24 horas de todos los días hasta su egreso) de su paciente, la entrega de responsabilidades a personal subalterno sin suficiente preparación o sin competencia (como ocurre con muchos anestesiólogos que encargan a una enfermera de la recuperación del paciente, o de los cirujanos que se desentienden del operado antes de que el procedimiento termine, o de los odontólogos que permiten a su auxiliar actos que les están vedados, etc.).

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. El artículo 2356 del CC 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 su 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 omisión cause perjuicio en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud...»

La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasionará el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina, para la cual no se pueden tomar riesgos.

De acuerdo con algunos autores jurídicos, la culpa ocupa un lugar intermedio entre el dolo (intención de dañar) y el caso fortuito (inimputabilidad total).

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como límite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser observada racionalmente y así el derecho castiga el error que produce daño.

El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Este tema lo ha examinado la Corte así:

«...el médico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin. Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestada, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele. La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del médico cuando este actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer...» (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia 14-03-42).

Ante una demanda, es natural que el médico se oponga a las pretensiones de su paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito (si esto es lo que alega). De todas formas, si el paciente no prueba la responsabilidad que endilga al demandado, este será absuelto, porque otro principio del derecho probatorio reza desde antiguo: «Actore non probante, reus absolvitur»

Si se trata de un daño causado sin que haya mediado el contrato, se dará responsabilidad extracontractual por el hecho jurídico que lo provocó. (ejemplos: En el curso de una cirugía se produce lesión a un órgano que no debía tocarse. O cuando al explorar el abdomen se encuentra una anomalía diferente a la que causa los síntomas, la cual es intervenida por cuenta y riesgo del médico (obviamente sin haber tomado el consentimiento del paciente, pues tal anomalía no era conocida) y a consecuencia de ello se genera un daño en el enfermo.

El fundamento jurídico de esta responsabilidad extracontractual se encuentra en el mismo Código Civil: «El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización» (Art. 2341 CC).

También aquí es el paciente el que debe demostrar que el daño sí fue causado, que la culpa es del médico y que existe el nexo de causalidad entre la culpa del médico y el daño sufrido por el paciente.

La excepción a la regla la constituye la prueba en las llamadas «actividades peligrosas», pues en ellas el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo. Por lo tanto se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por intervención de un tercero.

El ejercicio de la medicina no constituye una «actividad peligrosa». Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo.

La mayoría de las legislaciones admiten que la culpa no se presume. Nuestra ley es congruente en el sentido de obligar a responder solamente a quien haya causado daño y con la condición de que, quien demanda, pruebe la culpa del demandado. Como única excepción a esta regla en materia civil, como se ha mencionado, se consagra la presunción de culpa en contra de quien ejecuta una «actividad peligrosa».

En materia administrativa, a diferencia del campo civil, los fallos del Consejo de Estado a partir de Julio 30 y Agosto 24 de 1992 trasladan la carga de la prueba al médico con el objeto de acreditar su desempeño profesional y por consiguiente la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico, cuando se trata de un profesional adscrito a una entidad estatal. Pero este tema requiere de un

tratamiento separado al de la responsabilidad meramente civil, por lo que lo analizaremos luego.

10.5 CAUSAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La primera posibilidad de eximir al profesional de responsabilidad se tiene con la prueba de un error excusable, es decir, la existencia de una razón lógica y admisible para incurrir en el error o en el resultado no deseado.

La segunda es la que denomina caso fortuito, es decir aquella circunstancia que no es posible prever o que, de haber sido prevista, no es posible evitar. El deudor (médico) no es responsable del caso fortuito (La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega).

La tercera es la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico, combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio.

La cuarta es el fracaso del tratamiento por circunstancias idiosincráticas del mismo enfermo, a pesar del cuidado, la experiencia, la medida y la buena voluntad del médico.

Respecto a este último punto es necesario recordar que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación «de medio» y no «de resultado», el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

Por lo anterior, la culpa contractual no es simplemente resultado de la inejecución de una obligación, excepto que se pruebe en forma absoluta la presencia de negligencia, imprudencia, impericia, ignorancia o dolo al ejecutar el acto médico.

En cuanto a la duda sobre la idoneidad de un tratamiento médico, es pertinente citar la recomendación N 11 del II Congreso Internacional de Derecho de Daños en 1991, realizado en la Argentina , el cual dice a la letra:

«...Cuando se cuestione en un caso concreto la idoneidad de un tratamiento médico y no exista un criterio uniforme, bastará con que una respetable minoría comparta tal criterio, a efectos de que el fracaso del tratamiento (per se) no genere responsabilidad profesional...»

En reciente fallo, el Consejo de Estado ha dicho que:

«...en algunas circunstancias y facetas científicas las opiniones de los citados profesionales se encuentran divididas, pero en estos casos la doctrina orienta en el sentido de que el juez no puede tomar partido en tales controversias, filosofía con la cual el punto controvertido, de no existir una prueba científica que lo defina, se queda sin demostración...»

(Sentencia de Abril 18 de 1994. Magistrado ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta).

11. RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal se origina en una conducta tipificada como prohibida por la sociedad. Esta responsabilidad es absolutamente personal y cesa con la muerte del individuo.

Respecto de la responsabilidad penal médica nos tenemos que colocar dentro del campo de la responsabilidad subjetiva.

En consecuencia, si un médico actúa y no consigue el resultado querido, no puede hacersele responsable penalmente, salvo que su actuar hubiese sido fruto del dolo, Inculpa o la preterintención.

11.1 FACTORES: TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

Para que la conducta del médico sea penalmente castigada, deben concurrir tres factores: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En ausencia de cualquiera de estos elementos, la justicia penal se abstendrá de sancionar al profesional acusado.

Para entender el significado de los conceptos apuntados, nada mejor que traer la definición que hace el código penal colombiano:

Artículo 3º. Tipicidad.

La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.

Artículo 4º. Antijuridicidad.

Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.

Artículo 5º. Culpabilidad.

Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

La tipicidad, pues, tiene que ver con la concordancia entre la conducta descrita por la norma y la conducta realizada por el médico acusado. Cuando la ley penal dice «el que matare a otro», «el que se apropie en provecho suyo o de un tercero, cosa

mueble ajena», «el que cause a otro daño en el cuerpo o la salud», está adecuando el obrar de una persona a una norma; se dirá entonces que la conducta es típica.

La antijuridicidad hace relación al daño o peligro de un derecho, por causa de un acto humano injustificado: si alguien se apodera de un bien ajeno, con este acto vulnera el derecho de propiedad que otro tenía sobre la cosa hurtada. No es permitido, por tanto, ir por ahí atacando los derechos de los demás; no se permite actuar antijurídicamente.

Pero, además, para poder castigarse al responsable de estos hechos, es necesario que haya actuado con culpabilidad. Nuestra ley penal dedica todo el capítulo VII del código de las penas a la definición de este concepto. Se habla allí de las tres formas de culpabilidad y de las causales de inculpabilidad:

Artículo 35. Formas.

Nadie puede ser penado por un hecho punible si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Artículo 36. Dolo.

La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible.

Artículo 37. Culpa.

La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

Artículo 38. Preterintención.

La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede de la intención del agente.

Decir culpabilidad es decir representación mental del hecho. Referibilidad psíquica la llaman unos; elemento subjetivo le dicen otros, imputabilidad; en fin, es una noción que indica que, si la persona se encuentra en ese momento en pleno uso de sus facultades mentales, debe responder por la comisión del delito porque lo previó y lo quiso o, sin quererlo, confió imprudentemente en poder evitarlo.

El hecho se producirá entonces como resultado de la voluntad del agente que lo ejecuta, o de la negligencia que le impide abstenerse de ejecutarlo.

Si hay voluntad positivamente actuada, si se quiso el resultado, la imputación se hará a título de dolo; si no funcionaron los resortes de su voluntad y obró por descuido aún sabiendo que podría ocurrir el hecho, la imputación se hará a título de culpa; si quiso un resultado y se produjo otro más grave por imprevisión, la imputación se hará a título de preterintención.

QUE OCURRE SI FALTA UNO DE LOS ELEMENTOS

Existen casos en que únicamente concurren uno o dos de los tres elementos; entonces no es posible sancionar a un hombre por ello.

Primer ejemplo: un hombre quiere atentar contra el derecho a la vida de su enemigo y, para lograr su finalidad, ejecuta un ritual vudú, es decir, desarrolla una conducta, actúa, obra, y el enemigo muere (no discutamos si «por causa» del ritual). Ha muerto un hombre y el hechicero se siente satisfecho y «responsable», «causante» de esa muerte.

Vamos a calificar esa conducta: es culpable porque existió la intención de causar el daño; es antijurídica porque con ella se persiguió atentar contra un bien protegido por el Derecho, pero no es posible condenar al hechicero como autor del delito, porque no hay ley que prohíba clavar alfileres a una fotografía y rezar por la muerte del enemigo. No es posible establecer nexo de causalidad entre el hecho y el resultado. Nullum crimen sine lege reza el principio del Derecho Penal; no hay crimen sin ley que lo describa. La conducta no es típica; otro (conducta típica), pero obra de esta manera sólo por la urgente necesidad de salvar su vida ante el ataque de su enemigo... existe una justificación puesto que no quiso vulnerar un derecho ajeno sino únicamente defender su vida; no puede decirse que su conducta fuera antijurídica; Tercer ejemplo: el hombre dispara causándole la muerte a otro (conducta típica y antijurídica)...pero se trataba de un trastornado mental, que en ese momento no podía obrar con una voluntad sana. No se le puede imputar el hecho a título de dolo, ni de culpa ni de preterintención... su conducta no fue culpable.

11.2 EXIMENTES DE CULPABILIDAD

La ley penal tiene en cuenta, además de los casos en que no puede imputarse el resultado a la voluntad sana del agente, otros casos porque bien puede suceder que se haya obrado con normalidad síquica, pero en circunstancias que hacían imposible exigir al agente otra conducta diferente:

Artículo 40 Causales de inculpabilidad.- No es culpable:

1° quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor;

2° quien obre bajo insuperable coacción ajena;

3° quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación, y

4° quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Puede entenderse que en estos casos la persona no es culpable porque actuó prisionera de circunstancias externas inevitables (fuerza mayor, coacción ajena) o internas insalvables (error invencible).

11.3 LA CONDUCTA MÉDICA

El consentimiento tiene implicaciones penales y habrá lugar a sanción en dos eventos que pueden ocurrir separada o conjuntamente: a) si el médico obra en contra de la voluntad del paciente o de las personas encargadas de tomar decisiones por él, ya que con su actuación viola el derecho de autonomía que la ley protege; b) si para infortunio del médico se produce un daño en la salud o sobreviene la muerte del enfermo por falta de previsión profesional, estaremos frente a un caso en el que la voluntad del médico ha fallado y la situación se complicará aún más. La falta de consentimiento del paciente.

El derecho a tomar decisiones de forma autónoma está consagrado en la Constitución Nacional. El artículo 18 termina diciendo «nadie será (...) obligado a actuar contra su conciencia»; el artículo 16 reconoce a las personas el derecho al «libre desarrollo de su personalidad» y el artículo 20 «garantiza a toda persona la libertad de expresar (...) su pensamiento».

Ya se ha visto que en materia civil es necesario contar con el consentimiento del paciente para formar, junto con el del médico, ese acuerdo de voluntades que conducirá a perfeccionar el contrato de prestación de servicios profesionales.

Por el aspecto negativo, la falta de consentimiento o la manifestación expresa del enfermo en el sentido de no otorgarlo, genera el límite hasta donde puede llegar la decisión médica. Transgredir ese límite coloca al profesional de la salud en terreno movedizo porque nadie puede actuar en contra de la voluntad de la otra persona, cuando se trata de sus intereses.

Mucho se ha hablado del acto médico guiado por el principio de beneficencia y es plausible la decisión de salvar una vida cuando se está en condiciones de hacerlo; pero cuando entre la decisión del médico de poner sus conocimientos y su actividad al servicio de esta causa noble y el particular se levanta la muralla de un NO ROTUNDO, es preciso analizar la situación con detenimiento: el médico sabe lo que tiene que hacer para salvar una vida; el paciente no lo sabe o lo sabe mal. Pero no se trata tan solo de averiguar quién tiene la razón en este caso; se trata de ir más allá y plantear si, con razón o sin ella, es posible desconocer un derecho (el de la autonomía de las personas) para evitar la amenaza o pérdida de otro (la salud o la vida de esa misma persona).

Vamos a plantear, pues, las dos posibilidades de intromisión médica en ausencia del consentimiento del enfermo:

El paciente no tiene conciencia; ha llegado en shock al hospital y el médico de turno lo recibe en urgencias; no hay familiares o personas que puedan autorizar una intervención. En este caso se ha reconocido que el médico puede actuar y, como se verá más adelante, tiene obligación de hacerlo.

El paciente ingresa consciente; es un mayor de edad con mente sana, o se trata de un menor o de un anormal acompañado de sus familiares. En cualquier caso, el médico recibe una negativa: no se permite la transfusión sanguínea necesaria para salvar la vida del enfermo y el médico sabe que sin ella, morirá. Debe proceder, o abstenerse?

Antes de resolver el asunto, es necesario conocer aún otra disposición legal que nos obliga a prestar socorro: Artículo 21 del código penal: «causalidad.- Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo».

De forma que toda la discusión se centra en las siguientes dos palabras: «pudiendo hacerlo». El médico debe actuar pudiendo hacerlo. «Puede», incluso contra la voluntad del paciente? Ese es el interrogante. Porque no se trata de actuar por encima del querer del otro, prevalido del argumento de autoridad que le da su conocimiento: yo sé lo que debe hacerse, usted no lo sabe; luego yo decido.

Se trata más bien de que ambos (médico y paciente) sepan y decidan conjuntamente o, en últimas, bien informado pueda el paciente decidir de forma autónoma.

De otro lado, cuando puede obrar en esos casos de conflicto, el médico tiene que desconocer un derecho para proteger otro y de esta forma su obligación consiste en salvaguardar el mayor bien, sacrificando el menor. La pregunta en cada caso será: cuál derecho prevalece? En el ejemplo propuesto los dos derechos en conflicto son el de la autonomía y el de la vida.

La solución es fácil acá; pero seguramente en otras ocasiones no lo será tanto.

11.4 LA CULPA

En materia penal, el obrar consciente del médico tiene dos aspectos: si es su voluntad causar daño, habrá dolo según se ha definido arriba; si su voluntad es buena y no obstante falla por no adecuar cuidadosamente su obrar de acuerdo con esa intención, habrá culpa.

Por la misma naturaleza de su actividad, el médico produce voluntariamente lesiones en el cuerpo del paciente; trátase de un cirujano, trátase de otro especialista que utiliza métodos invasivos de diagnóstico, nadie podría decir que se configura un hecho delictuoso. La voluntad del médico, su intención, no es «dañar»; al contrario, según se ha visto y ahora puede entenderse, como su finalidad es curar el acto no constituye delito...a menos que...obre culpablemente.

La ley dice: «El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes». Si el daño se produce con intención (dolosamente) o por imprudencia, impericia o negligencia (culposamente) tendrá que responderse; las situaciones en las cuales se aprovecha la profesión para inferir daño en el cuerpo del paciente-enemigo, son escasas en la literatura médica; menos escasas, aquellas en que el médico obra contra las disposiciones de la ley penal, compelido por sus propios criterios, como en los casos de aborto provocado, eutanasia, suicidio asistido, mutilaciones parciales para obtener beneficios secundarios, etc.

El Código de Ética Médica dispone en su Título II, Capítulo I, artículo 6º: «El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre o correcto ejercicio de la profesión». Se trata, pues, de una decisión tomada por el médico después de adelantar una discusión interna sobre los aspectos éticos de ciertos actos médicos, en la que triunfa su concepción personal en contra de la opinión legal.

En cambio los tribunales reciben cada vez con más frecuencia denuncias por actos médicos culposos.

Ya se vio en qué consiste la culpa: básicamente es una falta de previsión de lo previsible. Entendida así, se dirá que el médico ha tenido la posibilidad (dados sus conocimientos) de calcular el resultado dañoso y, por negligencia no hizo el correspondiente análisis mental, o sí lo hizo pero, por imprudencia, creyó que de presentarse la emergencia y gracias a su habilidad, podría evitar la ocurrencia del perjuicio.

En ambas circunstancias, ha fallado el médico porque su voluntad no se adecuó a su entendimiento. Por el dominio de su ciencia, debía saber que «probablemente» ocurriría un daño; por falta de cuidado permitió que esa probabilidad se diera. No actuó como hubiera podido y debido hacerlo.

Cuando alguien sabe qué hacer y cómo hacerlo, pero no lo hace o lo hace mal, tiene la culpa que la ley castiga. Hay disconformidad entre el saber y el obrar y esa disconformidad es achacable a una falla en la voluntad del agente.

También cuando el médico no sabe lo que debe hacer y voluntariamente ejecuta la conducta; cada día con mayor razón la ciencia médica exige que las

intervenciones se adelanten por verdaderos especialistas, de modo que, siempre que sea posible, el médico debe asegurarse de que se trata de un asunto de su competencia. Si por un interés egoísta (de lucro o reconocimiento, por ejemplo) su actividad inexperta pone en riesgo la salud o la vida del paciente y si como consecuencia de ese obrar se causa daño, responderá porque ha incurrido en culpa por impericia.

11.5 PROHIBICIÓN DE LA CONDENA POR RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Nuestro ordenamiento penal ha determinado expresamente en una de sus normas rectoras: artículo 5º.-«Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva».

Vamos a ver lo que significa: En épocas anteriores, se castigaba al médico simplemente por el hecho de haberse producido un daño. 2.000 años antes de nuestra era, en el ordenamiento penal más antiguo de que se tenga noticia, se establecía: «Si el paciente, operado de la herida grave o del ojo, muere o pierde el ojo, se le cortarían las manos al médico» (Código de Hammurabi). Es decir, únicamente por el hecho de producirse un resultado dañino, el médico debía responder. Es lo que se entiende por «responsabilidad objetiva».

Obviamente el desarrollo de la cultura ha ido dando paso al principio de la responsabilidad subjetiva para castigar al hombre únicamente en el evento de que pueda demostrarse que incurrió en una falta de atención no excusable. Ese elemento interno, ese querer, esa voluntad de hacer o no hacer, que dirige la conducta, es la base de la responsabilidad penal en nuestro Derecho. Sin el nexo sociológico entre lo realizado con voluntad y el daño causado, no es posible estructurar un juicio de reproche.

Subsiste, fuera de la órbita penal, un intento por condenar al médico con base en criterios objetivos: el daño, por ejemplo, en materia administrativa. Pero estos intentos están llamados a fracasar en la medida en que se entienda que el médico es un hombre y que, como tal, puede fallar sin culpa.

12. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

12.1 OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo tiene por objeto regular las relaciones surgidas entre los entes públicos o algunas de las que se presentan entre el Estado y los particulares; las autoridades del Estado actúan y manifiestan su voluntad por medio de «actos administrativos»; también ocurre que los entes públicos producen, además de los actos, unos «hechos administrativos» que determinan una situación jurídica individualizada.

Es, pues, una noción aparentemente sencilla, que define la actividad del Estado; dicha actividad tiene, obviamente, un fin: prestar unos servicios públicos. Esta concepción originaria ha derivado en la moderna que hace al Estado, responsable de la seguridad, bienestar, tranquilidad y comodidad de los asociados.

El funcionario, es decir, el ciudadano encargado de ejercer la función que compete al Estado, se llama hoy genéricamente «servidor público». Este servidor presta un servicio.

Si se trata de garantizar el Derecho a la Salud que consagra nuestra Constitución Política en su artículo 49, hablaremos del servicio público de «salud» a cargo de unos entes llámense Hospitales, Centros de Salud, Institutos, etc., en los cuales trabajan unas personas, llámense médicos, enfermeras, auxiliares, etc.

Pues bien, el Derecho Administrativo se encarga de solucionar los conflictos que surjan en estos eventos o en relación con estas instituciones o personas, mediante la aplicación de un procedimiento y ante una instancia judicial denominada Justicia Contencioso Administrativa.

12.2 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Esta justicia arranca de un supuesto: La administración tiene una obligación con el administrado, determinada en la Constitución, en la Ley, en el Acto o el Contrato Administrativos. Establecida la obligación, su incumplimiento (por no prestar el servicio, por prestarlo mal, o por prestarlo tardíamente) puede generar un «daño» al particular. El daño, si se causa, debe ser reparado por el Estado. El Estado

condenado, debe, a su vez, demandar al empleado suyo que lo ocasionó por una conducta dolosa o gravemente culposa, pues así lo manda el artículo 90 de la Constitución Nacional.

El artículo 90 de la Constitución Política desarrolla la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios respecto de sus actos, "el Estado falla cuando con sus actuaciones, hechos positivos o negativos o vías de hecho desconoce los derechos de los particulares o deja de proteger los mismos o permite que algún miembro de la comunidad o cualquier persona vulnere dichos derechos" ha recordado el Consejo de Estado.

Existen dos posibilidades, que vamos a examinar separadamente:

- No se pregunta en primer lugar si el servidor público (agente del Estado) actuó lícita o ilícitamente; no se pregunta en primer lugar si hubo o no hubo culpa del funcionario estatal. La primera pregunta se traslada a la víctima: sufrió el particular un DAÑO antijurídico?
Y es una pregunta de la cual depende íntegramente la solución del conflicto en el Derecho Administrativo moderno.

Cuál es el «daño antijurídico» de que se habla? Es aquel daño que el particular no está obligado a sufrir. Porque hay daños que el gobernado está en obligación de soportar, por un principio más alto de beneficio común: la expropiación de un terreno por donde debe pasar una carretera, la destrucción de una obra particular en beneficio de la comunidad, el sacrificio, incluso, de la persona para salvar la Patria de una amenaza externa o interna que lleva al soldado a morir «en cumplimiento del deber»; daños que han de soportarse porque sobre el interés particular prevalece el interés general (artículo 1 de la Constitución).

En este primer evento no se hablará de una sanción en estricto sentido, sino mejor de una indemnización del daño inferido por el Estado al patrimonio del particular.

- Una segunda forma posible de enfocar el asunto consiste en que sí preguntemos por la CULPA , caso en el cual la responsabilidad no será ya objetiva, sino subjetiva (responsabilidad de un sujeto culpable). En este evento, caben nuevamente dos posibilidades: que la culpa del demandado deba probarse por el demandante (culpa probada) o que la culpa del demandado se presuma (culpa presunta).

En el caso de que la culpa deba probarse, correrá por cuenta del administrado, así como ocurre en el Derecho Civil, demostrar la culpa, el daño y la relación de causalidad entre los dos. En el caso de que la culpa se presuma, basta al administrado demostrar con prueba suficiente que la administración le

ocasionó un daño, porque el Estado tendrá la carga de probar que no tuvo culpa en la causación del daño sufrido por el particular.

Un paciente que ingresa a un hospital y recibe allí atención defectuosa, la recibe tardíamente o no la recibe, deberá soportar el daño que la administración pública le cause?

Si se acoge la primera tesis, del daño antijurídico, es una víctima que puede y debe ser indemnizada por parte del Estado. Se habla de una responsabilidad objetiva. Se causó daño. Luego debe repararse. Algo así como la fórmula ciega del Código de Hammurabi: si el paciente muere, el médico perderá las manos.

Si se opta por la segunda solución, debe hablarse de una falla (probada o presunta) en el servicio público cuya prestación se encuentra a cargo del Estado; veamos cómo entiende la doctrina esta noción de falla: «es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente (...) este incumplimiento debe ser examinado a la luz del nivel medio que se espera del servicio, variable según su misión y según las circunstancias, estructurándose la falla cuando éste se presta por debajo de este nivel (...) [el juez debe apreciarla sin referencia a una norma abstracta, pero sí preguntándose] lo que en ese caso debía esperares del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc. De ello resulta que la noción de falta del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo» (Jean Rivero, Derecho Administrativo, 9a edición, Caracas, 1984, p.304 ss.).

Jurisprudencialmente el Consejo de Estado inicia el debate en Colombia hablando de la falla del servicio en la siguiente formal: "Se ha dicho y repetido por la Sala que los elementos axiológicos de la responsabilidad por falla del servicio son:

- Un servicio que funcionó mal, que no funcionó o que lo hizo tardíamente
- Un perjuicio
- Una relación de causalidad entre a y b

(...) para la Sala si bien la falla habla por sí misma, ello no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para en esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por una conducta descuidada o negligente de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condenas del caso. Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue diligente o cuidadosa debe ser la administración (...) precisa ahora la Sala que la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, radica entonces en que en la primera especie el perjudicado deberá demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó

mal (por tardanza en hacerlo o por haberse omitido) y que por ello se causó un daño; en cambio, en la segunda especie basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control"

12.3 EL ESTADO Y SU AGENTE

Si un particular transita por una vía y un poste de la energía se desploma y le causa una lesión, no es necesario preguntar si hubo «culpa del Estado»; se causó un daño patrimonial no porque la conducta del autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva) sino porque el sujeto que sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva). Esto se entiende.

Qué ocurre, no obstante, cuando no se trata de la lesión causada por un poste de las Empresas Públicas, sino del daño en la salud inferido con arma de fuego por un Agente de la Policía embriagado? El policía es un agente de la administración, un servidor público que desarrolla una actividad peligrosa.

1. Consejo de Estado, sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente 5902, M .P.Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

"La responsabilidad por el ejercicio de las actividades peligrosas o por la manipulación de cosas que tengan esta calificación (conducción de vehículos, extensión de redes de energía, gasoductos, armas de dotación oficial, etc., etc.) es presunta o puede calificarse como tal. Así, la persona que reclama la indemnización por los daños causados no tendrá que probar que hubo falla en el servicio, sino sólo que el perjuicio se produjo y que el hecho le es imputable a la autoridad pública. Y si se presume esa responsabilidad es entendible que la administración no pueda alegar en su defensa que actuó con diligencia y cuidado. Defensa posible, por ejemplo, en los eventos de presunción de culpa en el servicio médico oficial."

En el caso del policía que dispara, el Estado responderá por haber fallado en la prestación del servicio si no puede desvirtuar la presunción de responsabilidad que milita en su contra y, en obediencia del mandato 90 de la Carta , repetirá contra el funcionario que asumió una conducta «dolosa o gravemente culposa».

En el caso del servicio médico oficial (puesto que no estamos frente a una actividad peligrosa), no hay presunción de responsabilidad, sino presunción de culpabilidad. Así lo ha dicho el Consejo de Estado.

"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.

(...) teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente), si tal resultado no se obtuvo, a la entidad demandada le correspondía, para eximirse de responsabilidad, demostrar que, no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedó dicho, cumplió adecuadamente con su obligación, pues como también lo ha sostenido la Sala, es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue inadecuada.

La determinación de la carga de la prueba en la entidad demandada, precisa la Sala, en forma alguna desconoce la naturaleza de medio de la obligación médica, ni la torna en objetiva: ni desconoce que los pacientes pueden no obstante haber sido tratados adecuadamente sufrir consecuencias dañosas, distintas a las que se esperaba obtener. Por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditando el daño sufrido por la víctima y su relación de causalidad con la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio, si dicha entidad demuestra que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es que obró diligentemente poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente, dicha demostración la exonera de responsabilidad, pues quedará establecido que no fue su acción la que causó el perjuicio.”

2. Consejo de Estado, sentencia del 2 de marzo de 1993, expediente 7429.

Al respecto, la Sala en Sentencia del 3 de febrero de 1995, expediente 9142, actor Virginio Duran Rizo. Ponente Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

“la demostración de diligencia que incumbe en estos casos a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad que en principio demuestra el demandante al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio médico prestado por ella. A él le incumbe, según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio médico prestado por la entidad demandada; y probado este supuesto la carga de desvirtuarlo le corresponde a ésta.

(...) se ha dicho que la prueba de la ausencia de culpa no puede ser nunca en realidad una prueba perfecta, en la medida en que lo que se evidencia, mediante la demostración de la diligencia y del adecuado cumplimiento de las obligaciones de la entidad médica, es simplemente que el daño no ha tenido origen en su falta, sin que tenga que demostrarse exactamente cuál fue la causa del daño recibido por el paciente, pues si se exigiera esta última demostración, se estaría pidiendo

la demostración de una causa extraña, que es la causal de exoneración propia de los regímenes objetivos de responsabilidad.”

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 30 de noviembre de 1935, con ponencia del Dr. Eduardo Zuleta Ángel, G.J., números 1905 y 1906, XLIII, pág.182, ha dicho:

“la prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado. Cuando se trata de ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque cuando es conocida no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso generador del daño que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es demostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza.

Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a la duda un cierto campo; demostrar que tales o cuales culpas no han sido cometidos no prueba que en tal otra, en la cual no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, por paradójico que ello parezca, la prueba llamada de ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta: imperfecta porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta pues sin precisar la causa del daño tiene a certificar por eliminación que no es una culpa”.

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 de reproche. En este punto la pregunta que debe formularse el tribunal es: '¿un médico prudente colocado en iguales condiciones externas habría obrado como el autor del daño?'

El comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio, sólo puede ser juzgado teniendo en cuenta de una parte la denominada *lex artis*, lo que,

de acuerdo con lo expresado en la obra "La práctica de la medicina y la ley", implica tener en cuenta 'las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente'; razón por la cual se comparten apreciaciones de la misma obra en la que se señala que 'no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables deberían ser 'pagadas' por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso'. (La práctica de la medicina y la ley, Fernando Guzmán Mora, Eduardo Franco Delgadillo, Diego Andrés Roselli Cock, Biblioteca Jurídica Diké, la edición, 1996, págs.53 y ss).

(...) Y no debe tampoco dejar de señalarse aquí, que la falla del servicio debe entenderse configurada sólo cuando teniendo en cuenta las posibilidades concretas de atención con las que contaba la administración del servicio, éste fue prestado inadecuadamente, pues, como lo ha dicho la Sala, la falla del servicio no puede predicarse de un estado ideal sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla" (Consejo de Estado, sentencia del 3 de abril de 1997, M .RDr. Carlos Betancur Jaramillo) Qué podemos sacar en síntesis hasta ahora:

- Que el Estado responderá siempre que ocasione un daño a un particular.
- Que el Estado, a su vez, deberá repetir contra el agente de la administración que obró con dolo o culpa grave.

Por tanto, el médico y su personal asistente deberían permanecer tranquilos, esperando a que el paciente demandara al Estado, para ver si, luego de la sentencia de condena, se les adelantaba un proceso en el que se demostrara su «dolo o culpa grave».

Ocurre, sin embargo, que la justicia administrativa, luego de advertir que «los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones»(art.77 C.C.A.) tiene una disposición en la que puede leerse: «art. 78.- Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos».

No esté tan tranquilo el médico esperando los resultados de la demanda en contra del Hospital, porque la demanda puede instaurarla el particular directamente en contra del funcionario o, lo que ocurre con más frecuencia, el Hospital llamará en

garantía al médico tratante una vez se le notifique de la demanda formulada por el particular.

De la lectura de los preceptos citados (artículo 90 de la Constitución Política y artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo) una cosa queda clara: el agente responde cuando ha actuado «con dolo o culpa grave»; a contrario sensu, podemos afirmar que no responderá.

La responsabilidad del Estado es objetiva. La del agente subjetiva.

Si va a demandarse a la entidad estatal, operará la presunción de culpa o la falla anónima en la que la culpa no es necesaria que sea demostrada por el particular. Pero si se va a demandar al funcionario, habrá necesidad de demostrarle en juicio su «dolo o culpa grave» porque legalmente sólo por estas causas puede recibir condena. Es un funcionario público, es un servidor del Estado. Cierto. Pero no lo es menos que se trata de un hombre, amparado por una presunción de inocencia, a quien debe demostrársele las culpas que se le endilguen.

Pensar distinto; suponer que es culpable y obligarlo a defenderse de una acusación gravísima (por lesiones o muerte con consecuencias patrimoniales y profesionales muchas veces incapaces de soportar), entraña una injusticia flagrante.

De forma que consideramos un exabrupto jurídico y lógico afirmar, como lo vienen haciendo los propugnadores de una tesis «novedosa» en nuestro país, que al médico le cabe una responsabilidad objetiva. No. La responsabilidad del ente administrativo puede ser "objetiva", o puede ser "anónima" o puede ser "presunta" porque lo que importa es indemnizar el daño patrimonial al particular. Bien; pero la responsabilidad del agente siempre será subjetiva. Sin la prueba de su dolo o de su grave culpa no habrá sanción.

No podemos compartir la afirmación de que no se está predicando la responsabilidad del médico sino solamente su culpabilidad para que pruebe que no lo es; no podemos aceptar que se invierta la carga de la prueba de la culpa, con el argumento de que el paciente no sabe medicina y de que al médico que actuó bien le queda más fácil demostrarlo.

Se facilitan las cosas de acuerdo a lo que esté al alcance de quien pueda demostrarlo. Y nos quitamos el mito del dolo y de la culpa, quitémonos ese mito (...) y eso se dice en varias sentencias; se dice mire, vamos a presumir la falla en estos casos, cuando el paciente fallece, cuando resulta agravado en su salud, cuando resulta dañado por la intervención médica, o por la no intervención oportuna o por una atención deficiente y tardía. Si podemos demostrarla, pues qué mejor, es que esa es la regla elemental, eso es lo primero que uno debe intentar, pero si no, no quiere decir que se frustró todo, y no quiere decir que eso sea

fundamento para una absolución, sino que hay que buscar y jugar con algo que es de lógica elemental que son las presunciones. (...) asumimos que fue por un descuido y esa asunción o esa presunción, obviamente admite prueba en contrario (...) si fue la víctima la que desconectó los tubos y demás que le habían colocado, si fue la víctima que no se tomó los remedios, que no permitió en un momento la aplicación de los medicamentos, etc., pues naturalmente que allí se liberará al médico y se liberará a la entidad correspondiente (...).

Para examinar la responsabilidad médica en el campo de la teoría de la falla del servicio se deben estudiar, entonces, los dos aspectos que la integran:

- La falla anónima u objetiva del Estado
- La falla del médico como funcionario del Estado

"Como es obvio, en este segundo evento esa conducta personal, si constituye un ilícito penal o civil o una falla disciplinaria, fuera de comprometer la responsabilidad de dicho sujeto, podrá comprometer también la responsabilidad estatal. Así por ejemplo, si un agente de policía, con arma de dotación, en horas de servicio, mata a una persona sin existir justificación legal alguna, su conducta personal (delictuosa) tendrá que juzgarse y comprometerse a la luz de la normatividad penal. Pero esto no será obstáculo para que el juez de responsabilidad administrativa, al subsumir ese hecho personal dentro del marco legal que rige el funcionamiento del servicio, concluya que hubo falla en la prestación de éste. En otras palabras, aquí se aplican dos regímenes jurídicos diferentes que no coinciden (...).

Algo similar sucede con los servicios médicos de carácter oficial. En estos se puede dar también tanto la falla anónima del servicio como la falla del servicio del funcionario. Cuando se da esta última, la actuación del médico por ejemplo, deberá juzgarse tanto desde el punto de vista personal (responsabilidad médica) como en relación con el funcionamiento del servicio. Por eso mismo los principios de la responsabilidad médica sólo se aplicarán a la conducta del personal médico, en la misma forma como sólo se aplican las normas penales al agente de policía homicida. Y esa actuación podrá ser juzgada por el juez administrativo pero no desde la perspectiva personal de la responsabilidad médica, sino en relación con el funcionamiento del servicio mismo.

Puede predicarse la obligación del Estado de velar por los derechos del administrado y de reparar el daño patrimonial anónimo que se le cause. Pero los hombres (así seamos agentes transitorios de ese Estado) permanecemos amparados por una presunción de inocencia. El médico descuidado merece sanción; quién lo niega! Pero demostrar, probar, es deber de quien le enrostra el descuido, llámese particular demandante o Estado que repite en su contra.

La otra posición es cómoda: yo acuso y tú, que sabes mucha medicina, me pruebas que eres inocente. Si no puedes probar, me debes cincuenta millones de pesos y tu vida profesional queda acabada.

No entremos a calificar la buena o mala fe de los sujetos del litigio. No caigamos en la trampa que nos tiende el autor de un reciente fallo del Consejo de Estado: «esa víctima no está en condición de poder demostrarle! dolo o culpa con que intervino el médico, o con que procedió el director del hospital o de la clínica, o cualquier funcionario, o cualquier agente de la administración. Y, entonces, viene un paliativo a esas injusticias (...)»

No presumamos la culpa; no partamos de esa base. El médico generalmente no ha actuado con dolo o culpa grave. Su dolo o culpa grave debe ser probada en juicio.

12.4 ¿QUIEN DEBE PROBAR?

Este, solamente éste y no otro ninguno, es el quid del asunto.

Aunque hoy se hable de la «teoría dinámica de la prueba» y de la «dosimetría de la carga de la prueba» como intentos para superar la milenaria fórmula romana *onus probandi incumbit actori*, lo cierto es que en esta materia hay que andar con pies de plomo. Porque así como de nada sirve tener un derecho que no se puede probar, así mismo es peligroso para la sociedad construir un sistema en el que se arranca dando como probada la culpa del procesado.

El sistema romano le dice al particular: si va a demandar a un ciudadano, cuídese bien de presentar al juez las pruebas que contra él tenga; de lo contrario no sólo no se le concederá lo que pide, sino que será condenado a pagar el perjuicio que cause al demandado.

El sistema que quiere implantarse en Colombia dice al ciudadano: demande al médico y siéntese a esperar que él se libere de culpa; si logra hacerlo, usted nada habrá conseguido, pero nada habrá perdido con intentarlo. En cambio, si el médico no encuentra el tiempo y los medios para destruir la tela de araña tejida en su contra, usted recibirá el botín; es posible que el médico deba abandonar la profesión y sufrir otras consecuencias, pero eso no le debe importar a usted; usted solamente piense en el dinero que puede recibir.

A qué está conduciendo esta posición? al aumento significativo de demandas contra los médicos.

A qué obliga una semejante posición: a que el médico comprometa todos los medios a su alcance para zafarse de la acusación; su tiempo, sus recursos, su pensamiento y su acción.

Qué consecuencias inmediatas trae tal posición? En primer lugar, como ya se denomina, una «medicina a la defensiva», con perjuicio evidente para el paciente. En segundo lugar, un aumento en los costos, porque el médico va a protegerse de la eventual demanda exigiendo no solo mayores honorarios sino toda clase de exámenes y pruebas (incluso las innecesarias) que certifiquen paso a paso su actuar.

Por su parte, el Consejo de Estado, después de recordar que «por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda», gira intempestiva y peligrosamente: «Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Consejo de Estado, sentencia del 24 de octubre de 1990, aclaración de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la Administración de Justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al actor, normalmente el paciente o sus familiares, a la demostración, de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos 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 formularan. (...) Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa» (Sentencia del 30.07.92, expediente 6897, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández).

En igual sentido la otra providencia mencionada, con ponencia del magistrado Carlos Betancur Jaramillo, de la que se extracta el siguiente párrafo: «Cuando se habla de falla presunta, se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta en el servicio como en el evento de la falta en el servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la

conducta omisiva o irregular de la administración, porque ésta se presume. En cambio cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero también exclusivo y determinante y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar a la administración demostrando la diligencia y cuidado».

Es que hay médicos inescrupulosos y descuidados, y los hay mal preparados, y los hay que practican abortos. Sí, los hay sin duda.

Cuántos son? La mayoría? Claro que no. De la totalidad de las demandas, solo un mínimo termina en condena y, como aclara un magistrado argentino, «me atrevería a decir que todos aquellos asuntos en los cuales se ha determinado una sentencia condenatoria, tanto en sede civil como en sede penal, son casos grotescos (...) donde la culpa resulta, a todas luces, imperdonable» (Dr. Roberto Vásquez Ferreira, en Medellín, en 1993).

Qué se pretende entonces? Sentar reglas en materia probatoria para un país en el que vamos a presumir la culpa del ciudadano? Vamos a recomendar desde las altas esferas que los jueces consideren culpable al médico y le obliguen a desplegar una actividad inusual para limpiar su buen nombre?

El médico deberá probar que el paciente no se tomó los medicamentos prescritos?

El médico deberá probar que el paciente no se cuidó la herida?

El médico deberá probar que el paciente se administró otra droga?

El médico deberá establecer por su cuenta y en todos los casos la causa de la muerte, aunque haya muertes que científicamente no puedan ser explicadas?

"Con el argumento del Consejo de Estado habría que llegar a la conclusión de que cada que se muere un paciente, el médico, por su cuenta, debe realizar numerosos y costosos exámenes para determinar la causa de la muerte del paciente, pues, de lo contrario, pesará contra él una presunción de causalidad casi imposible de desvirtuar. (...) En adelante, los médicos que trabajan solos con el paciente y que no practican todos estos exámenes, estarán sometidos a la más absoluta y absurda indefensión, todo porque algunos doctrinantes y la justicia contencioso administrativa parten de la falsa premisa de que al médico siempre le queda posible demostrar diligencia y cuidado"

12.5 PRESUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LA PRESUNCIÓN DE CULPA

Luego de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en 1992, que ya se han reseñado, se ha comenzado a precisar lo que verdaderamente debe entenderse por «teoría dinámica de la prueba» (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1994, expediente 7973, M. P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta): «(...) el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo.

Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta.

En esta materia la Sala sólo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable.

El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de lege ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió al enfermo.

Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones «homini» de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado.

Tamayo Jaramillo, Javier, Sobre la prueba de la culpa médica, Medellín, Díké, 1995, p.159.

Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes' (Teoría General de la Responsabilidad Civil, Octava Edición, Abeledo Perrot, pag.497).

12.6 PRESUNCIÓN DE FALLA MÉDICA

"La sala ha dicho que tratándose de servicio médico oficial, la responsabilidad patrimonial puede deducirse mediante la aplicación de la doctrina judicial de la falla presunta. Pero esta doctrina sólo tiene como finalidad práctica la de aliviarle a quien comparece al proceso, la carga de probar todos los supuestos que estructuran la responsabilidad estatal por falla del servicio. La doctrina cumple la función de prestarle razonabilidad y justicia a la sentencia favorable de un proceso en el que ni la víctima del daño está en condiciones de probar la falla, ni el responsable de la misma de demostrar diligencia y cuidado y por ende ausencia de falla.

Como la presunción de falla viene entonces a resultar un problema probatorio, el juez está en la obligación de conferir valor razonable y razonado a las pruebas que se alleguen en el debate, optando si es del caso, por tomar iniciativa probatoria.

Destaca esa doctrina estos rasgos sobresalientes para su correcta aplicación: No se trata de una presunción de responsabilidad, como en el caso de la responsabilidad por actividades peligrosas, en los que la exoneración del deudor sólo se logra por causa extraña.

Se trata tanto de una regla de valoración y de razonamiento para el juzgador ante la falta de prueba de la falla, aunque no de los otros extremos (el daño y la relación causal adecuada), como de una regla dirigida a regular la conducta procesal de las partes. Cada una probará lo que le toca: a la entidad prestataria del servicio de salud, ejecutora del procedimiento médico concreto, le tocará probar la diligencia y el cuidado ofrecidos al paciente. La demostración suficiente o plena de esta actitud la exonerará de responsabilidad, aunque el resultado final no haya sido satisfactorio. Con esto se reitera el criterio de la sala de que la actividad médica asistencial, salvo algunos casos, es una obligación de medio.

Como se trata de una regla de valoración y de razonamiento, el juzgador debe hacer una comprensión acertada del caso, evaluando y sopesando con sana crítica los medios probatorios allegados al proceso. De hecho, la sala estima sobre el punto, que como la presunción traslada a la entidad pública prestadora del servicio la carga de probar la diligencia y cuidado en el manejo del paciente, la prueba documental por ella presentada y las que pidan tendientes a corroborar el correcto manejo clínico y quirúrgico del paciente deben, en principio, ser apreciadas ampliamente por el tallador; y solo ante prueba que demuestre la

falsedad o la alteración de la historia clínica, por ejemplo, ésta perdería toda fuerza demostrativa de los cuidados médicos recibidos por un enfermo. En todo caso no basta con que la entidad responsable del acto adjunte simplemente la mera historia clínica, sin otras explicaciones convincentes sobre el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad.

La presunción de falla del servicio médico no se extiende ni a la relación causal ni al daño. Si del acervo se establece que éste pudo originarse en varias causas, no todas atribuibles a la acción u omisión del servicio de atención médica asistencial, sino a la evolución endógena de la enfermedad, o a riesgos propios del tratamiento aunque difíciles de prevenir, no se estructurará la responsabilidad patrimonial, por faltar ya no el primer elemento de la falla del servicio, sino el segundo, vale decir, la relación causal. El juzgador debe ponderar prudentemente todas las circunstancias del caso para determinar hasta qué punto la falla presunta, originó o contribuyó necesariamente a ocasionar el daño.

No lograr o no obtener éxito, a pesar del tratamiento médico, no implica daño alguno que deba repararse siempre, salvo casos en que la obligación médica sea, por excepción, de resultado: cirugías con fines estéticos, etc.; o los casos en que la falta oportuna de atención médica o la atención errada realmente se considere causante de ese daño." (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1997, expediente 11.220, M.P.Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

No estamos de acuerdo con la posición cómoda de involucrar la actividad médico-asistencial dentro del concepto del acto de la administración sin deslindar los dos campos: el de la actividad estatal y el de la personal del profesional de la salud, sencillamente porque no se pueden abandonar los supuestos de la buena fe, de la inocencia y del cumplimiento de las obligaciones éticas, médicas y jurídicas, que siempre han acompañado al ejercicio de la medicina en nuestro país.

Penalmente está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva; civilmente se establece la obligación que tiene el demandante de probar el incumplimiento del contrato por parte del médico; en el campo administrativo, ya vimos, se hace responsable al Estado teniendo en cuenta el daño que ha sufrido la víctima y cuando, aparte de la falla anónima en el servicio, se pretende demandar al servidor público (médico) por su actividad personal, es necesario demostrar allí sí, su culpa grave o su dolo.

12.7 CULPA DEL MÉDICO COMO FUNCIONARIO

Otra jurisprudencia que ilustra el problema de la prueba de la culpa del médico oficial, en lo que tiene que ver con su actuar doloso o gravemente culposo.

" El primer aspecto que debe examinar la Sala es el relativo a los conceptos de culpa grave y dolo que consagran los artículos 77 del CCA y 90 inciso 2° de la Constitución Política , eventos en los cuales además de la responsabilidad del Estado se compromete la responsabilidad personal del funcionario.

En un proyecto de ley presentado al congreso en ese año (1961) señaló algunas pautas de lo que debía considerarse error inexcusable de conducta y por consiguiente grave falta contra la administración del funcionario que obrando en ejercicio de funciones del servicio o con ocasión y pretexto de éste, hubiere causado algún daño a los ciudadanos y, en consecuencia, debía contribuir a la reparación económica de aquél. Merecen señalarse los casos en que se obra por motivos que se apartan evidentemente de las finalidades del servicio público; o, so pretexto de obtener los fines del servicio, buscan cumplir otros de conveniencia particular causando injustos daños a terceros; proceder en contradicción manifiesta con las normas reglamentarias que les señalan sus deberes y con las órdenes e instrucciones superiores que les hayan comunicado de antemano; pretermitir las normas y procedimiento gubernativo establecidas para garantizar los derechos a las personas.

Si bien los conceptos de culpa penal y culpa civil pueden equipararse, el juez administrativo al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no debe limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil referidos al modelo del buen padre de familia para establecerla por comparación con la conducta que en abstracto habría de esperarse del "buen servidor público", sino que deberá referirla también a los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad (C.N., arts. 6° y 91)." (Consejo de Estado, sentencia del 31 de julio de 1997, expediente 9894. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque).

El debate, hemos visto, es arduo y la solución a los problemas que suscita la intervención de la persona del médico en el funcionamiento del servicio de salud, es difícil. No obstante, consideramos que existen suficientes bases jurídicas para exigir que se defienda y proteja el derecho del ciudadano, proclamando la responsabilidad estatal cuando quiera que se cause daño antijurídico al administrado (artículo 90 de la Constitución Política), sin que pueda confundirse esta responsabilidad con la que adquiere el médico oficial frente al paciente, porque el mandato constitucional impone la demostración en juicio de la conducta dolosa o gravemente culpable del galeno. Si se desobedece o desconoce el precepto superior, el fallo que condene al médico con base en una "presunta" culpa grave o un "presunto" dolo, será ilegal, como quiera que la culpa personal (a diferencia de la institucional) no se presume jamás.

Por ello, cuando un fallo dice que se presume la culpa del médico oficial y que éste se encuentra en posibilidad y obligación de demostrar su actuar previsorio y

diligente, lo que en realidad está haciendo la sentencia es presumir la CULPA DE LA ADMINISTRACIÓN, en desarrollo de la teoría de la falla del servicio.

CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

Expediente No. 5902 Bogotá, veinticuatro de octubre de 1990

Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo

APARTES RELEVANTES

- "La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. No es excepción al principio que informa las disposiciones legales a que así se alude la que hace responsable de la pérdida del cuerpo cierto a quien debe su entrega, puesto que está obligado a conservarlo hasta que la haga, y, por ende, a poner en ello la diligencia y cuidado correspondientes según la naturaleza o estipulaciones del respectivo contrato o las pertinentes disposiciones legales. A ese mismo principio, determinante de lo que sucede en los ejemplos que brevemente acaban de invocarse, obedece el art. 2341 del Código Civil, según el cual la obligación de indemnizar en él mismo imputada cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: tal su categórica redacción. El artículo 2356 íbidem, que mal puede reputarse como repetición de aquél ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que "pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona". Exige, pues, tan sólo, que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida se pasa a imponer.

Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos como ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de la acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de un acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en la disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo y en que los caminos y las

calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial.

La teoría del riesgo, según la cual a quien lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en esos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño.

A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.

Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio Código disposiciones previsivas que sin interpretación forzosa ni descaminada, permiten atender el equilibrio a que se viene aludiendo, o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, *onus proband'*, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los elementos necesarios de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima.

No es el artículo 2356 caso único en que nuestro legislador con sabia amplitud haya prevenido o resuelto por anticipado problemas que en otros países no han venido a resolverse sino a poder de lucha jurisprudencial tesonera por la falta o contra la rigidez de textos legales. Nuestro Código de Comercio suministra ejemplos de aquel avance. Baste en ese sentido traer a cuenta aquí la manera discriminada como nuestro Código Civil reglamenta el error y su influencia sobre la validez del consentimiento. Al distinguir el error in negotio, in corpore, in substantiva, contiene respecto a este último la disposición del inciso 2o. del artículo 1511, a cuya luz nuestros abogados y jueces se han visto libres de ponderosas dificultades que los de Francia, por ejemplo, reducidos al texto de su artículo 1110 no han podido vencer sino a poder de la referida labor de que dan fe sus admirables construcciones".

(Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de marzo de 1938. Ponente: Dr. Ricardo Hinestroza Daza).

- "Para que el Estado sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto sea administrativo y que el hecho ilícito se realice en función directa con la prestación de servicio. Si por el contrario el empleado ha utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio 10 de 1941, G .J., Tomo LII, num. 1977, pag. 123).

- "La calidad del funcionario causante del hecho, demostrada plenamente con la prueba documental que se observa a folios 2 y 3 C . num. 1, así como su conducta ostensiblemente ilegal, son la causa de la responsabilidad de la Nación " (Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Septiembre 13 de 1984. Exp. 3641. Actor: Alberto Estefan Estofan. Anales, segundo semestre 1984, pág. 695).

- "Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquélla sobra su calificación en el proceso penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima. Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetiva, la culpa pierde su individualidad, no es predicable de un funcionario en particular, y se imputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración; desapareciendo, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima. Y esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes

cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos, de allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño; quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima)". (Consejo de Estado, Auto de noviembre 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, expediente num. 2207. Actor: Luis H. Herrera Silva, anales, Tomo 93, págs. 633 y ss.).

- "Para la prosperidad de las acciones indemnizatorias tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado por faltas o fallas en el servicio a que está obligado a prestar a los ciudadanos residentes en el territorio, se ha exigido por la jurisprudencia se den por demostrados tres elementos axiológicos a saber: 1. Una falta o falla del servicio de la administración. 2. Un daño, el que debe ser cierto, determinado o determinante, y 3. Una relación de causalidad entre la falla o falta de la administración y el daño.

Corresponde a la parte actora la carga de la prueba de tales elementos y a la parte demandada la prueba de que el daño se produjo por culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito que acrediten la no existencia de la relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado, o que el daño fue causado por el agente administrativo en actos fuera del servicio o sin conexión con él, o que la causa del daño fue la falta personal del agente, para que pueda exonerarse de responsabilidad a la administración y absolverla de los cargos formulados en su contra". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de noviembre 28 de 1982; expediente número 2908. Anales, tomo 103, pag. 630 y ss.).

13. RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO DE TRABAJO

13.1 TRABAJO EN EQUIPO

Hoy en día el trabajo médico, especialmente el de tipo hospitalario, se lleva a cabo en equipo. El ejercicio exclusivamente individual es cada vez más escaso. Desde el punto de vista de los procedimientos médicos, cuando un paciente es tratado en un hospital o clínica, puede serlo en varias formas, cada una de las cuales origina un tipo especial de responsabilidad:

- Bajo la dirección del médico que ordena el tratamiento, en cuyo caso los demás participantes son dependientes. Ej.: Cirujano, residente e instrumentadora; intensivista, residente y enfermera; hemodinamista, residente y técnico radiológico. El jefe del equipo responde por el daño que ocasione en forma directa (artículo 2341 del código civil):

" 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 [...]"

Como además en estos casos, la responsabilidad no sólo abarca las acciones del jefe de equipo sino las de sus colaboradores, se dice que el jefe es 'comitente' y por lo tanto responde de las acciones de sus auxiliares, dependientes y sustitutos, tanto en el plano contractual, como extracontractual. Si se plantea una demanda por daño, la responsabilidad es solidaria: Responde el autor del daño y quien debe supervisarlos. Ésta se considera una responsabilidad indirecta o refleja. El artículo 2347 del Código Civil es claro en este aspecto:

"[...] Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado..."

Ahora bien, si logra demostrarse como causante del daño a un miembro específico del equipo, los demás participantes (excepto el jefe del equipo) pueden eximirse de culpa, teniendo la carga de la prueba en su contra. Los subalternos, que en su práctica médica son orientados y dirigidos por el jefe médico, o jefe del equipo, han de responder por sus propias equivocaciones, operando respecto de otros miembros del equipo el principio de la incomunicabilidad de la culpa. El mencionado jefe del equipo tendrá una

responsabilidad vicariante por haber delegado funciones o por haber adquirido institucionalmente un compromiso de vigilancia y dirección del pupilo.

Esta circunstancia ocurre, como en seguida se verá, en las escuelas de medicina, que imponen a los docentes la responsabilidad de velar por el correcto desempeño de los practicantes (internos y residentes) y de responder por sus errores culposos, claro está, que "pese a su cuidado y autoridad no hubieren podido evitar el hecho" (CC art. 2347 ¡n fine).

Confluyen, pues, responsabilidades en la institución en que el equipo desarrolla su actividad médica; la institución que, generalmente por convenio, envía a los practicantes a ese centro hospitalario; y el médico jefe, que es el directamente encargado de supervisar esa práctica.

No responde el jefe, cuando el causante del daño es un dependiente ocasional o accidental, como ocurriría con una enfermera particular contratada por el paciente para su vigilancia nocturna, o con una enfermera facilitada por la clínica para que cubra por un día la licencia de la integrante del equipo que cuida la evolución del enfermo.

Y siempre que se hable de los cuidados brindados en la etapa postoperatoria o de los seguimientos a la evolución del tratamiento, ha de considerarse la circunstancia de integración del equipo o de responsabilidad individual, porque generalmente el equipo que ha actuado como un solo cuerpo para un fin específico (v. g. la intervención quirúrgica), se descompone una vez alcanzado su propósito; sobreviene para el paciente una etapa diferente, de cuidado y recuperación, en la que seguirá siendo vigilado por el médico que lo intervino, pero en la que otros profesionales asumen el control directo.

También deben considerarse los diferentes contratos que pueden surgir, y de hecho surgen, durante el período de internación del paciente en el centro hospitalario: porque una será la relación con su médico tratante, otra con el anesthesiólogo de la institución, otra con el personal para médico, etc. En cada caso, las personas participantes tendrán una pequeña parcela bajo su dominio que, aunque exclusiva, no es generalmente excluyente de la responsabilidad de otros.

Hablando de la salud, cualquier daño puede tener origen en una serie de causas: un leve error médico, más un descuido pequeño por parte de la enfermera que suministra el medicamento, más la falta de un equipo adecuado en el centro hospitalario; o la simple inadvertencia por parte del médico de una conducta clínica no apropiada anterior al momento en que este profesional asume el cuidado (por ejemplo, en los casos de remisión de pacientes entre centros de atención), sin necesidad de que se haya roto la cadena de cuidado,

puede llevar imperceptiblemente a la agravación o incluso a la muerte del enfermo.

Es importante resaltar que corresponde a cada uno de los participantes probar su diligencia y cuidado, para eximirse de esta responsabilidad en red, que surge de las actuaciones conjuntas o secuenciales.

- Cuando la atención médica se presta en forma simultánea (Ej.: cirujano y anestesiólogo, neumólogo e intensivista). Aquí existen varios tipos de contrato médico: el del cirujano, el del anestesiólogo y el de la institución hospitalaria. La responsabilidad es individual, por parte del autor directo del daño.

Hay que dejar en claro que en el caso de una intervención quirúrgica, el cirujano y el anestesiólogo tienen su propio campo de responsabilidad, es decir, el uno no es dependiente del otro, pues cada uno es especialista en su área. Sin embargo, en caso de daño, la acción nociva de alguno puede agravarse con la conducta culposa del otro. 3-En actos asociados pero independientes (Ej.: ginecólogo, laboratorista y radiólogo). Cada uno responde si ocasiona daño y se prueba culpa. Además, puede existir responsabilidad compartida.

El equipo médico es, pues, el grupo de profesionales de la salud que tiene a su cargo la atención, el manejo y la responsabilidad del enfermo, cada uno en su campo y trabajando como un todo.

13.2 CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO EN EQUIPO

-Complementariedad: Cada miembro del equipo que va a intervenir debe dominar un campo específico y determinado previamente señalado y debe poseer los conocimientos necesarios para cumplir el compromiso adquirido.

-Coordinación: En la actividad realizada por varias personas, debe existir un líder con la finalidad de realizar el acto médico de manera organizada, proponiendo pautas, procedimientos y guías claras que permitan a los demás miembros identificar las funciones precisas que le corresponden, sin que implique catalogarlo como jefe del equipo ya que su función es coordinación pero respetando el ámbito de trabajo de cada uno de los que intervienen en el acto médico.

-Comunicación: El trabajo en equipo exige una comunicación abierta entre sus miembros, esencial para poder coordinar las distintas actuaciones individuales. El equipo funciona como una maquinaria con diversos engranajes todos deben funcionar a la perfección, si uno falla el equipo fracasa y se deberá identificar la responsabilidad individual. Si tienen funciones claras consignadas en manuales y protocolos para cada situación específica con el fin de que en caso de que se presente alguna complicación de conozca el procedimiento a seguir.

-Confianza: Cada persona confía en el buen hacer del resto de sus compañeros, cada miembro trata de aportar lo mejor de si mismo, no buscando destacarse entre sus compañeros sino porque confía que estos harán lo mismo y cumplirán las funciones asignadas en forma oportuna, porque sabe que es el único modo en el que el equipo puede lograr su objetivo.

-Compromiso: Todos los miembros se comprometen a poner su empeño para sacar el trabajo adelante. Dentro de ciertos márgenes el equipo tomará sus propias decisiones sin tener que estar permanentemente solicitando autorización al paciente cuando se presenten situaciones importantes y que de algún modo impliquen elevar el riesgo del procedimiento respetando las funciones asignadas por el bienestar del paciente y el mejor tratamiento.

13.3 EL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA RESPONSABILIDAD POR EQUIPOS

La responsabilidad legal derivada del ejercicio de la medicina, ha tenido un incremento representativo con relación a los demás conflictos que ordinariamente se presentan ante los estrados judiciales, bien sean de carácter penal, civil, ético o administrativo.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad civil, es decir, aquella obligación de indemnizar los perjuicios tanto materiales como morales que surgen por la realización de un hecho o conducta que atenta contra la vida, la integridad o la salud, se han aumentado en un porcentaje mayor las reclamaciones de los pacientes.

Para poder definir qué tipo de normas pueden aplicarse a la prestación del servicio médico y qué clase de efectos jurídicos surgen a partir del accionar profesional, debe determinarse cuál es la naturaleza legal de la relación médico-paciente.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera han ubicado la responsabilidad médica en el ámbito contractual, debido a que entre el galeno y el enfermo se celebra un acuerdo de voluntades para la prestación del servicio de salud, denominado contrato de servicios médicos.

Dicho contrato, aunque no esté consagrado expresamente por el Código Civil Colombiano, contiene las características esenciales de una convención y le serían por tanto aplicables las reglas generales de contratación y las normas especiales que establecen deberes del médico frente a su paciente.

Se requiere el acuerdo de voluntades entre las partes, el cual es de carácter verbal y se lleva a cabo incluso de manera tácita y espontánea, no siendo necesarios documentos escritos, ni autenticados, donde se acuerde la realización de un tratamiento o de una intervención quirúrgica.

Posee también una causa, entendida ésta como el motivo que induce a la celebración del contrato, que sería por parte del médico la de ejercer su labor profesional, obteniendo unos honorarios y por parte del paciente un bienestar en torno a su salud.

Tiene además un objeto, que comprendería las prestaciones a las que se obligan los contratantes, el pago de los honorarios, el cumplimiento de las prescripciones, la implementación de un tratamiento o la realización de una intervención quirúrgica por el otro.

Partiendo de la definición del Código Civil, que señala que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, podríamos indicar que el contrato de servicios médicos es aquel acuerdo de voluntades entre un paciente y un profesional, por el cual el segundo se compromete a realizar un acto médico.

Como características del contrato de Servicios médicos, encontramos su consensualidad, onerosidad o gratuidad, bilateralidad, además de que generalmente es de tracto sucesivo, es civil, e "in tuito personae", presentándose también cierto carácter de colaboración entre los contratantes.

La naturaleza jurídica ha girado en torno al mandato, al arrendamiento de servicios inmateriales, al contrato de obra e incluso se le ha querido dar un carácter laboral, clasificaciones todas ellas desacertadas, debido a que el profesional no está obligado a cumplir las órdenes del mandante ni tampoco celebra actos jurídicos, las personas no son objeto de arrendamiento, no siempre se realiza una obra y tampoco se reúnen los requisitos de subordinación y salario de la relación laboral.

Este contrato tiene entonces una naturaleza jurídica especial, debido a los valores que impregnan el ejercicio de la medicina, siéndole aplicables las normas generales sobre interpretación de contratos y las normas específicas sobre salud que contiene nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque no requiere para su perfeccionamiento ningún tipo de formalidad, existen una serie de documentos donde se evidencia su ejecución y desarrollo, como son: la historia clínica, las hojas de órdenes médicas, los exámenes de laboratorio, las fórmulas, las prescripciones y los demás registros y papeles anexos.

Las autorizaciones y consentimientos escritos y concretos tienen plena validez, no así las cláusulas exonerativas de responsabilidad por los daños que sufra el

paciente, en razón de que no pueden los particulares pactar sobre bienes indisponibles y de orden público, como son la vida y la integridad personal.

Cuando cualquiera de las partes incumpla lo acordado en el contrato, puede la otra intentar diversas acciones judiciales con el fin de proteger sus derechos, a través de procesos jurisdiccionales regulados por el Código de Procedimiento Civil y por otras normas adjetivas.

En aquellos eventos en que le sobrevengan daños al paciente en su vida, salud o integridad personal, puede ejercer una acción de responsabilidad civil ante un juez, con el propósito de que le sean indemnizados los perjuicios materiales y morales que logre acreditar.

Tradicionalmente, se ha sostenido que la obligación que surge del contrato de servicios médicos es de medio, significando con ello que el galeno debe emplear en pro de su paciente sus conocimientos, ciencia y prudencia en su accionar sin tener que lograr la curación del paciente.

Se debe probar la culpa del médico, pero este según las nuevas teorías procesales sobre la cargas probatorias dinámicas, está en la obligación de participar de una manera activa en el juicio para contribuir a establecer la verdad sobre los hechos objeto de la investigación.

El debate procesal girará en torno a las pruebas testimoniales y documentales, siendo procedentes las inspecciones, los dictámenes periciales y los demás medios probatorios señalados por el procedimiento civil, tendientes a demostrar la diligencia o la culpa del profesional de la medicina.

Deberá establecerse que el profesional incurrió en un error grave de diagnóstico, empleó un tratamiento contraindicado o no aceptado por la práctica médica, expuso a su paciente a riesgos injustificados, incurrió en un descuido post-operatorio, realizó una prescripción errónea, y en general, obró con imprudencia, negligencia, impericia o por violación del reglamento.

Cabe señalar que la mayoría de los efectos adversos que se producen a raíz del acto médico, se deben a la patología que tiene el enfermo, a las reacciones de idiosincrasia de cada organismo y a eventos imprevisibles que no generan responsabilidad civil para el profesional, por tratarse de casos fortuitos.

Sin embargo, en aquellos casos en los que se ocasione un daño en la salud o en la integridad de un paciente, imputable a mala práctica del médico, se impone la obligación resarcitoria por parte del segundo al primero.

La responsabilidad civil es directa cuando surge por los daños realizados por un individuo, e indirecta en aquellos eventos en que se produce por el hecho de las cosas o por el hecho de terceros que están bajo el cuidado de otros.

En la mayoría de las ocasiones el médico no desempeña su labor independientemente, sino que requiere de todo un equipo para cumplir el contrato, como sucede con gran parte de las intervenciones quirúrgicas y algunos tratamientos.

De acuerdo con las normas del Código Civil, las personas son responsables no sólo de sus propias acciones, sino también del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado, principio legal aplicable a diversas formas del accionar profesional.

En los casos donde exista subordinación, instrucciones y control potencial sobre la actividad del auxiliar, surgirá obligación resarcitoria para éste y el jefe de equipo en forma solidaria, pero cuando exista autonomía técnica y funcional sólo responderá el dependiente, el cual puede comprometer al centro asistencial cuando tiene un vínculo directo con éste.

Puede entonces presentarse responsabilidad civil individual o por el hecho de un tercero, en aquellos casos de intervenciones quirúrgicas, actuaciones de docentes y residentes, o de personal paramédico, debiéndose en todo caso analizar cada caso concreto, para establecer algún tipo de responsabilidad personal o en equipo. En lo relacionado con los odontólogos, la Ley 10 de 1962 y el Decreto 1002 de 1978, establecen expresamente algunas funciones propias de los auxiliares de consultorio y de los laboratoristas, las cuales deben tenerse en cuenta al analizar cualquier tipo de acción dañosa.

En lo que tiene que ver con los procedimientos que pueden delegarse en los auxiliares, será la ciencia y la práctica médica las que indiquen cuál es el campo de acción del personal médico, paramédico y de cualquier integrante del equipo en un momento dado.

Cuando el daño sea imputable a varias personas, estaremos hablando de responsabilidad solidaria, lo que implica que puede cobrarse a cualquiera de los agentes el monto total de la indemnización, según las normas generales de reparación.

La responsabilidad por equipos puede también entenderse como aquella que surge por los daños ocasionados al paciente por medio de cosas, instrumentos y aparatos, los cuales son utilizados para diagnósticos o tratamientos, pero que en oportunidades pueden causar efectos negativos en el enfermo.

La aplicación de la responsabilidad por actividades peligrosas, ha sido muy discutida en el ejercicio de la medicina, debido a la función esencial de beneficio que tiene esta profesión y a los riesgos inherentes que tiene cada acto médico, lo que no obsta para pensar que ciertos equipos pueden tener un potencial de nocividad para el paciente.

En los casos en que el profesional de la medicina con una mediana diligencia y cuidado puede verificar el estado de los aparatos, responderá civilmente por los perjuicios derivados de ellos, pero cuando el daño sobreviene a raíz de un vicio interno del equipo, deberá responder la propietaria que sería la institución que está obligada a darle un adecuado mantenimiento.

Cabe identificar, finalmente, que a la institución hospitalaria le asiste una obligación de seguridad según la jurisprudencia y la doctrina, que le impone implementar todas las medidas necesarias para que el paciente no sufra daños durante su estadía en el centro de atención.

La institución asistencial será también responsable por el incumplimiento del contrato de servicios hospitalarios que celebra con el paciente, el cual comprende deberes específicos de hospedaje, alimentación, suministro de drogas y prestación de servicios médicos y paramédicos.

Con el nuevo Sistema de Seguridad Social, creado a partir de la Ley 100 de 1993, el contrato privado de servicios médicos tiende a ser más esporádico, lo que no quiere decir que los deberes de los profesionales desaparezcan, sino que el surgimiento de la relación médico-paciente tiene otras fuentes.

La afiliación del paciente a las entidades promotoras de salud, lo hace merecedor de una serie de planes de salud determinados por la ley o por dichas entidades, los cuales son desarrollados a través de las instituciones prestadoras de salud y los profesionales adscritos.

Podrá el paciente exigir el cumplimiento de sus derechos a través de varias vías y solicitar la indemnización de los perjuicios que le sean causados, bien sea por parte de los profesionales o por parte de las instituciones prestadoras de servicios y de las entidades promotoras de salud, surgiendo incluso responsabilidad solidaria entre ellas, a partir de los perjuicios ocasionados en el paciente.

13.4 LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS

¿Quiénes y de qué manera enseñan en los hospitales universitarios? La estructura de un hospital universitario se mueve alrededor de la jerarquía académica de sus docentes. Allí trabajan los especialistas por varios motivos, entre los que se cuentan: el volumen de casos que pueden ser atendidos, el tipo de enfermedades que presentan los pacientes que acuden a esa institución, la posibilidad de efectuar investigaciones clínicas específicas por la clase de lesiones que allí se observan, el honor de la docencia, la remuneración, y el amor al trabajo hospitalario.

El volumen de casos que acude a los hospitales es enorme. Un cirujano de hospital distrital, por ejemplo, al llegar a su turno nocturno puede escoger de una lista que le es presentada, cuántos y cuáles pacientes ubicados en hospitales de primero y segundo nivel desea y está en capacidad de atender, aparte de los que lleguen en forma directa a las urgencias del hospital en donde se esté prestando el servicio. Así por ejemplo, el cirujano revisa su propio servicio y encuentra un enfermo con una apendicitis aguda, otro con una obstrucción intestinal y un tercero con una herida en una arteria principal de la pierna. Ante esto es claro que escoge llevar de inmediato a cirugía al paciente de la lesión arterial y ordena preparar a los otros dos, con el objeto de continuar de inmediato con las respectivas cirugías. Simultáneamente, calcula su tiempo aproximado de trabajo y escoge de la lista de otros hospitales a aquellos enfermos que tengan a su vez prioridades inmediatas, con el objeto de recibirlos, prepararlos e intervenirlos. En una palabra, el especialista planea su noche de trabajo para rendirla al máximo, con el mayor número posible de enfermos y las afecciones más graves.

El tipo de alteración específica es otra de las motivaciones para que un especialista prestante continúe laborando en una institución de asistencia. Así, hay cirujanos que se sienten más recompensados con la cirugía de trauma, otros prefieren la cirugía oncológica, en fin, se puede escoger entre una amplia gama de posibilidades, todas susceptibles de gran satisfacción y, como regla general, muy poca retribución económica.

El honor de la docencia es algo que la mayoría de los especialistas lleva muy arraigado, desde sus tiempos de formación como estudiante. Enseñar al colega es parte de nuestro juramento. Respetar al maestro es característico de todo buen médico. Estudiar permanentemente es una obligación profesional. Mejorar el bagaje intelectual es un imperativo ético. Sin embargo, el pago por la docencia universitaria médica es poco menos que insultante. Un sueldo promedio para un profesor de cirugía de una escuela de medicina privada, oscila alrededor de lo que devenga un obrero raso. Y ese salario incluye la preparación de clases, la enseñanza frente al lecho del enfermo, la orientación de los estudiantes de los diferentes niveles, el desempeño de intervenciones quirúrgicas analizadas paso por paso y la supervisión de operaciones por parte de los residentes. Esta última actividad conlleva una gran carga de ansiedad, por las complicaciones que puedan presentarse en el curso de las mismas y de las cuales el principal responsable es el profesor.

13.5 DELEGACIÓN DE FUNCIONES

En términos administrativos, delegar significa distribuir funciones específicas entre los subordinados (profesores subordinados, residentes, internos, estudiantes,

enfermeras y personal paramédico), sin disminuir la responsabilidad del mando y manteniendo un estrecho nivel de supervisión.

Una correcta delegación amplía el campo de acción profesional en la medida en que el aporte de los colaboradores sea superior al costo de su intervención. Esto incluye la consideración de costo-efectividad. Por ejemplo, cuando se delega una función técnica, como intervenir un paciente con apendicitis aguda, se debe sopesar la necesidad de proteger al enfermo, contra la conveniencia de permitir al residente quirúrgico verificar sus conocimientos teóricos en la práctica, pero siempre bajo la supervisión de alguien jerárquicamente superior.

Por otro lado, puede llegar a suplir algunas limitaciones de tiempo de los docentes, brindando más tiempo a su labor de coordinación, introduciendo a la vez elementos de auto respeto en quien se encuentra en período de práctica, y mejorando la calidad del trabajo de grupo. Simultáneamente, sirve para evaluar el trabajo de los subordinados. En el medio hospitalario, al igual que en muchas empresas similares, las causas de ausencia de delegación por parte del docente incluyen: falta de confianza en sí mismo y en los subordinados; pobre definición de obligaciones; temor de capacitar a posibles competidores; imagen hipertrófica de sí mismo; impaciencia o ansiedad; y temor a parecer poco eficiente desde el punto de vista asistencial.

La contraparte, es decir, la falta de aceptación de funciones delegables por parte del subordinado se puede deber a varias razones: temor a asumir responsabilidades; falta de estímulos; exceso de trabajo; y miedo a las sanciones, entre otros.

A pesar de las consideraciones anteriores, dado el cambio efectuado en el ejercicio médico, existen algunas funciones que no son delegables, entre las cuales se incluyen: decisiones que afectan a grandes grupos profesionales; hechos decisivos en la terapéutica de un enfermo; mantenimiento de la disciplina hospitalaria y universitaria; funciones técnicas que requieren talentos especiales; tareas delicadas de emergencia; y aquellos trabajos específicamente asignados por las autoridades del hospital a personas concretas.

El proceso de delegación incluye varios pasos: asignación de deberes (actividades a realizar); asignación de autoridad (dar poder para 'hacer algo en nombre de'); asignación de responsabilidades (compromiso del subordinado para realizar lo que se le ordena).

En esencia son responsabilidades operativas, pues la responsabilidad última nunca se delega. Las consideraciones en el proceso son: tener en cuenta las habilidades de quien recibe la delegación; no delegar tareas cuyos resultados no se puedan controlar; delegar en aquellos que compartan la filosofía de la función delegada; y una vez se delegue, evaluar el modo operativo y los resultados.

La actitud de quien delega una tarea a otro debe acompañarse de varios soportes: controlar sin interferir las actividades; si se cometen errores ofrecer otra oportunidad supervisada; delegar estimulando y apoyando; no delegar en quien no se tenga confianza; compartir responsabilidad en la delegación y apoyar al subordinado; fijar plazos, objetivos y recursos; determinar cómo se reconocerá la buena ejecución de las tareas y las sanciones en caso de fracaso; no delegar ejercicio de poder en quien no esté preparado para ejercerlo; o no delegar si esto causa reacciones negativas en otros subordinados ¿Cómo se controla la delegación? Por medio de reportes periódicos, asistencia al subordinado, tomando en cuenta opiniones de otros, reuniones de rutina de asesoría y observación directa sin frustrar la iniciativa.

Por último, algunos factores de contingencia en la delegación incluyen:

- Tamaño de la organización (a mayor tamaño mayor necesidad de delegar)
- Importancia de la decisión a tomar (a mayor importancia menos debe delegarse)
- Complejidad de la tarea (a mayor complejidad, mayor necesidad de delegar a los especialistas)
- Cultura organizacional (a mayor cultura y confianza, mayor frecuencia de delegación)
- Cualidades de los subordinados (a mejores cualidades, mayor delegación).

13.6 RESPONSABILIDAD DE LA DELEGACIÓN

- Delegación sin producción de daño. En este caso, siguiendo las normas de excelencia del acto médico, si se obtiene el resultado esperado o, en caso de no obtenerse tampoco se causa un daño, no cabría posibilidad de queja por parte del enfermo.
- Delegación con producción de daño. En este caso el médico delegante responde contractualmente. El sustituto responde en la misma forma cuando el paciente ha sido informado de la delegación y ha dado su consentimiento para la misma. De lo contrario, responde en forma extracontractual.
- Derivación hacia otro especialista. Esta puede hacerse, bien porque se requiere una participación simultánea, en cuyo caso y de acuerdo con circunstancias específicas de cada caso, uno o ambos médicos responden si se produce un daño.
- Transferencia a otro colega, bien porque el manejo del primer médico ya cumplió su cometido (Ej.: paciente con trauma de tórax que requiere un tubo de tórax y luego de obtener expansión pulmonar, una vez se retire el tubo en forma definitiva, se transfiera al neurocirujano para manejo de lesión medular severa); o porque el médico tratante inicial considera que se sale de sus manos el manejo (Ej.: el médico de urgencias que atiende al paciente en

estado de choque por un aneurisma roto y remite el enfermo al cirujano para corrección de la patología de base).

. Se tiene en cuenta el desempeño de pregrado, las calificaciones obtenidas, el estudio de personalidad, la entrevista y la experiencia adquirida luego de la

13.7 LA CULPA DEL RESIDENTE

Los causales de culpa generadora de responsabilidad civil son los mismos que para cualquier otro médico, con el agravante de la que se ha llamado en algunas legislaciones la 'responsabilidad vicariante' del jefe del equipo y del profesor responsable del estudiante en entrenamiento. Cuando se produce un daño y se demuestra culpa por alguna de las causales de impericia, negligencia o imprudencia, debe responder el responsable oficial del paciente (especialista de cualquier rama) y el médico residente, así se encuentre en proceso de adiestramiento.

Si se considera que hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando éstos no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente, entonces es fácil suponer que, por definición, la persona en entrenamiento no es perita y, por lo tanto, el responsable es el profesor que dirige el acto médico.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la 'inobservation des regles d'art' de la doctrina francesa; a la 'malpractice' de los anglosajones y a 'tkunstfehler' de los alemanes.

Se habla de **NEGLIGENCIA** cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, por descuido u omisión no se aplica, y por lo tanto se produce un daño. Es una de las causas más comunes de conflicto médico-legal, e incluye errores comunes en la práctica diaria como son los registros incompletos 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 CC 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. El residente es negligente cuando incumple las órdenes impartidas por el jefe del equipo o el profesor a cargo.

Ej.: No revisa al paciente en el postoperatorio (habiendo sido encargado de esto por su profesor) y no cae en cuenta de una embolia pulmonar desarrollada en las últimas horas de hospitalización.

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 aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

Cualquier acción que el médico residente lleve a cabo sin tener en cuenta sus limitaciones, su adiestramiento actual, las reglas de la institución docente, las regulaciones de la universidad que respalda sus estudios y, obviamente, las normas elementales de prudencia de un médico cuidadoso colocado en las mismas circunstancias, será susceptible de responsabilidad civil.

Ejemplo: El estudiante de postgrado en cirugía que decide iniciar una intervención sobre un enfermo, quien a consecuencia de la falta de conocimiento del cirujano, sufre una lesión grave.

No debe olvidarse que el solo hecho de haber sido admitido en los programas de postgrado en un hospital universitario, aunque confiere al residente el derecho a efectuar actos médicos determinados, no es una autorización que automáticamente lo torne competente y experimentado para llevar a cabo procedimientos sin la supervisión de su respectivo profesor o superior académico y jerárquico.

En vista de la dependencia del residente como estudiante de postgrado, tanto de sus superiores jerárquicos en el plano académico, como de las instituciones que los aceptan en los programas de adiestramiento, en caso de daño demostrado y culpa probada, deben responder ante la ley en forma solidaria: el residente como médico graduado, el profesor como responsable de las acciones del estudiante y la institución, tanto en su relación laboral con el profesor, como en su carácter de centro de entrenamiento de especialidades médicas.

El instructor o profesor responde sobre el supuesto teórico de la denominada 'culpa in vigilando'. Aquí debe hacerse una consideración importante: La mayoría de las instituciones hospitalarias y clínicas aceptan el trabajo de los residentes en el supuesto de brindar un servicio de docencia a médicos estudiantes de postgrado. Esta 'laudable' labor académica encubre un interés mucho más complejo, que es el de proveer a la institución de mano de obra barata para el desarrollo de un sinnúmero de funciones.

Ahora bien, sin tener en consideración la escasa retribución económica de los profesores: Si el hospital o institución de salud está autorizado para recibir

médicos en estudios de postgrado, su obligación es tenerlos permanentemente vigilados por sus funcionarios de mayor categoría. Las especialidades médicas no pueden aprenderse a costa de la salud de los enfermos.

Un argumento muy socorrido entre los internos y residentes es: "Allí el entrenamiento es muy bueno, pues le dejan a uno hacer de todo". Pues bien, si 'hacer de todo' es efectuar un adiestramiento con instrucción académica y asistencial permanente, la institución llena los requisitos para ser considerada aceptable. Pero si 'hacer de todo' es efectuar procedimientos complejos sin la instrucción y experiencia previa y sin la supervisión presencial de los respectivos profesores, la institución debería ser intervenida por las autoridades respectivas.

Se refuerza lo anterior cuando se analiza el artículo 2352 del código civil, que dice:

"Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346[...]"

13.8 LA CULPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de mayo 2003 reitera, al médico, a quien ejercita la medicina, no puede exigírsele la obligación de obtener un resultado de recuperación del enfermo porque no se trata de una ciencia de garantía de resultados. Lo que se le exige es que ponga todos los medios a su alcance para la deseable curación del enfermo, y es cuando el cumplimiento de tal obligación se produce cuando surge la responsabilidad y, por tanto, la obligación de reparar. Si la misma nace de culpa, negligencia o impericia o si se deriva, simplemente, de un mal resultado y, consecuentemente, si de exigirse aquella impericia, ha de ser probada por quien la alega o si se presume que el médico ha actuado mal y debe probar, en sede procesal judicial, que su actuación ha sido correcta. Cuando se exige una actividad de medios, la responsabilidad tiene siempre un carácter subjetivo, de manera que es preciso acreditar que existe algún tipo de culpa en el proceso curativo para derivar responsabilidades.

El Tribunal Supremo en sentencia de 14 de mayo de 2001 sostiene que en absoluto la responsabilidad médica está objetivada, de modo que quien alega ha de probar. Sin embargo hay un supuesto en el que la obligación de probar se desplaza del actor al demandado –médico- por razón del resultado de la actividad médica.

En los casos de daño desproporcionado, que se desprende de la culpabilidad del autor, una evidencia que crea una deducción de negligencia, supuesto por los demás, la cual requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine conducta que entre en la esfera de la acción del demandado-médico, aunque no se conozca el detalle exacto.

Con ser y estar sometida la responsabilidad civil médica, tanto contractual como extracontractual, al principio subjetivo de la culpa, no por ello puede excluirse, la presunción del mal uso o ejecución de los actos médicos cuando el resultado producido es desproporcionado con el que es usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar en cuyo caso de desproporción permite una inversión de la carga de la prueba que si por norma es gravamen de que la alega, la desmesura del resultado ha de llevar al facultativo a acreditar aquellas circunstancias impensables e insalvables que hayan torcido el buen hacer que ha de suponersele como profesional de la medicina, criterio o causa de inversión de la carga de la prueba que no sólo tiene razón de ser el hecho sustantivo de la incongruencia de un resultado con la lesión tratada, sino también en el hecho adjetivo o procesal de la facilidad de la prueba, esto es, de ponerla a cargo de aquel que más sencillamente pueda aportar los medios probatorios para dejar constancia de un hecho de trascendencia procesal.

Hablar de la culpa y de su prueba, conduce al planteamiento de múltiples cuestiones, supuestos en los que la complejidad de la correlación de la actividad sanitaria, con principios básicos de organización y adición en el proceso curativo, aleja en ocasiones la subjetividad del acto médico de su autor, cuando menos desde una perspectiva inmediata, la responsabilidad de la medicina ejercida en equipo, en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, establece que cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas.

Dentro de un equipo de profesionales, será posible la delegación de actuaciones, siempre y cuando estén previamente establecida dentro del equipo las condiciones conforme a las cuales dicha delegación o distribución de actuaciones pueda producirse, en cuanto implica responsabilidad por terceros, no sólo de los integrantes del equipo propiamente dicho, sino incluso de los tutelados, y más concretamente de los médicos internos residentes MIR, supuestos en los que son de aplicación los principios de división del trabajo y de confianza a que se refiere el artículo 9-3 de la Ley 44/03, dado que por su ubicación en la organización médica el MIR se trata, de un médico en formación que presta su servicio bajo la dependencia del responsable de la unidad a la que se encuentra adscrito, que

controla y supervisa la asistencia médica del residente. Por lo cual se establece que la delegación dentro de un equipo sólo es posible cuando estén establecidas las condiciones en las que pueda producirse, disponiéndose que 2condicion necesaria para la delegación o distribución del trabajo es la capacidad para realizarlo por parte de quien recibe la delegación.

Una omisión en los deberes de la unidad y de sus titulares, en relación a la tutela y control del residente, puede generar responsabilidad, equivalente a la que nace del trabajo en equipo, en el caso del especialista que, requerido por el MIR, omite toda atención, infringiendo su deber de tutela tanto docente como profesional, derivándose de la asistencia del residente la ejecución de actos médicos inadecuados con efecto de índole lesivo para el paciente.

13.9 TIPOS DE CULPA

- Culpa debido a error no excusable del director del equipo, en cuyo caso responde ante la Ley si se prueba impericia, negligencia, imprudencia o dolo.
- Culpa debido a error de uno de los integrantes del equipo dependientes de su di rector. En este caso ambos deben responder.

Ej.: El profesor de cirugía que deja intervenir un paciente por el residente sin la respectiva supervisión.

Ej.: El olvido de una compresa por parte de una instrumentadora que no practica un recuento antes de cerrar el abdomen.

A este respecto, dice el artículo 2344 del CC:

"Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355 [...] Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso[...]"

En este sentido pueden determinarse dos tipos de obligaciones, consideradas en nuestra ley y en algunas jurisprudencias extranjeras: la obligación mancomunada y la solidaria. En la primera, el resarcimiento del daño o deuda hacia el paciente lesionado se puede dividir en tantas partes como causantes haya, quedando por lo tanto cada uno con parte del costo de indemnización. En las obligaciones solidarias, el paciente puede exigir el pago total a cualquiera de los miembros del equipo demandado.

- A la culpa del uno se puede sumar el descuido o falta de vigilancia del otro.

Ej.: El anestesiólogo que, sabiendo que un médico no es cirujano titulado y conociendo además su incompetencia técnica, procede con la anestesia.

Ej.: El anestesiólogo que se ausenta de la sala de cirugía y el cirujano que lo permite.

Agravantes: Uno de los miembros del equipo advierte del error que se está cometiendo y del daño a causar, pero el corresponsable no acepta la sugerencia. Es evidente que, en casos como éste, el sujeto que en un primer momento desarrolla una actuación simplemente culposa, una vez advertido por otro de su descuido o equivocación, si persiste, ya lo hace con pleno conocimiento y completa voluntad, por lo que, al 'querer' actuar en esa forma y ser consciente del daño que va a causar, habrá pasado de la culpa al dolo.

- La culpa colectiva. Cuando existe un daño evidente y no se puede atribuir la responsabilidad a un miembro del equipo en particular, la responsabilidad es colectiva. Esto aplica en la esfera civil y no en la penal. Se basa en la dificultad de determinar el causante del daño, sea por lo complicado de un procedimiento o por el fenómeno del encubrimiento por parte de los demás miembros del equipo.
- Culpa por utilización de equipos defectuosos. En este caso, a sabiendas de que los instrumentos no son idóneos, se insiste en utilizarlos de modo que, sin poder confiar en ellos, se comete evidentemente una imprudencia. Quedaría exculpado, como es lógico, el personal médico, paramédico o de enfermería que los usara como último recurso absolutamente necesario y ante la carencia de alternativas viables.

Los equipos son instrumentos, es decir, aparatos inventados por el hombre para realizar un determinado fin. Habían sido tradicionalmente la prolongación de las manos, que permitían la realización de actividades más precisas y efectivas. Hoy son verdaderas prolongaciones del cerebro, que ayudan en la toma de decisiones (desde un simple termómetro hasta el complicado tomógrafo axial, capaz de efectuar cortes visuales micrométricos a un órgano sin 'tocarlo').

Si estos equipos fallan, el médico sabe que toda su operación quirúrgica o su conjetura diagnóstica fallarán. Por esto será culpable de la utilización de herramientas en mal estado, siempre y cuando existan posibilidades alternativas.

14. CONSECUENCIAS DE LA ACTIVIDAD MÉDICA PUNIBLE

Todo delito genera una acción penal y una acción civil. La primera tiene su origen en el poder estatal de reprimir los delitos y en los fines de la pena (acción pública). La segunda busca lograr la indemnización de perjuicios ocasionados por el hecho punible (acción privada).

Nunca debe el médico garantizar resultados, porque corre de inmediato con los riesgos que tenía o traía el paciente y, además, porque entre lo que el médico prescribe o hace y el resultado final, se presenta una serie de imponderables por las que no puede responder el profesional de la medicina. Por otro lado, nuestra profesión como la de la abogacía, son profesiones de medios y no de resultados.

En la normatividad penal se llama a responder casi siempre por un homicidio culposo o lesiones personales culposas, queriendo tipificar estos delitos en cualquiera de las actuaciones médicas, si se presenta la muerte o alguna secuela en el paciente atendido. Las penas consisten en prisión y pérdida de los derechos civiles que varían de dos a seis años en el caso de homicidio, con una disminución de las cuatro quintas partes a las tres cuartas partes en el caso de las lesiones personales. También hay suspensión en el ejercicio de la profesión médica de uno a cinco años si la condena es por homicidio culposo y de seis meses a tres años si es por lesiones personales culposas. Además, se puede aplicar una multa de un mil a diez mil pesos moneda corriente.

En la normatividad civil se llama a responder cuando se causa un daño y perjuicio y se demuestra que hay culpa en el proceder del profesional, pudiendo clasificarse en culpa grave, leve o culpa levísima; que puede presentarse cuando se obra con negligencia, impericia, poca diligencia, descuido, error, con conducta omisiva, no cumplimiento de las normas propias de la profesión, incumpliendo leyes o decretos o cuando se ha actuado con dolo o con imprudencia.

Se dice que se presenta una responsabilidad civil contractual o extracontractual, según que exista un contrato de prestación de servicios médicos de medio, o que la acción que origina la culpa se derive extra contractualmente como ocurre en el caso información de estudios anatomopatológicos, de laboratorio o de pruebas diagnósticas incorrectas.

Los daños y perjuicios se clasifican en materiales y morales y se solicita indemnización.

En cualquiera de estas situaciones se puede entablar una demanda; para accionar contra un médico, el equipo médico o la entidad prestadora de los servicios de salud.

Materiales son el daño emergente, constituido por lo que se invirtió en el proceso de tratamiento médico o quirúrgico; y el lucro cesante constituye lo que se dejó de percibir durante el período de incapacidad. Los perjuicios morales se han establecido alegando el dolor, el sufrimiento, la depresión, la angustia, la vergüenza pública, etc.; que sufre el paciente, la familia o los interesados del mismo.

Se ha fijado un tope de mil gramos oro por persona demandante y corresponde al juez determinar su monto de acuerdo a las pruebas obtenidas. Perjuicios fisiológicos: basados e inspirados principalmente en la jurisprudencia francesa. Se solicitan hasta 2.0000 gramos oro, aduciendo displacer del paciente en su vida afectiva como consecuencia de la complicación o secuela del tratamiento médico.

En la normatividad ético-moral se investiga la violación de una o varias normas o artículos del Código de Ética Médica o Ley 23/81; y las sanciones consisten en amonestaciones y censuras verbales o escritas, públicas o privadas y en los casos graves, la suspensión del ejercicio de la práctica de la medicina de seis meses a cinco años.

14.1 CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE LA MEDICINA Y SU RESPONSABILIDAD

El sistema de calidad es la herramienta más efectiva para prevenir demandas de responsabilidad medico legal

El sistema de garantía de la calidad ya se ha establecido y es obligatorio sin embargo, la cultura de la calidad promedio de los profesionales de la salud todavía esta muy baja, dificultando su desarrollo

Más del 80% de los errores que se cometen en la atención médica, no se originan en un medio en particular, sino un defecto del sistema de salud, La solución para disminuir estos resultados negativos se basa en establecer técnicas de garantía de la calidad cuyo objetivo fundamental es la protección del paciente pero en general favorece a todos los actores

Más del 80% de los errores que se cometen en la atención médica, no se originan en un medio en particular, sino un defecto del sistema de salud

La solución para disminuir estos resultados negativos se basa en establecer técnicas de garantía de la calidad cuyo objetivo fundamental es la protección del paciente pero en general favorece a todos los actores:

Al Paciente

Recibir una atención con calidad ofrece una visión de confianza, seguridad y trato digno que con lleva a la satisfacción de los servicios recibidos

Al Profesional de la Salud

Utilizar técnicas de calidad hace más segura su labor dentro de los parámetros de la ética y la lex artis, permite la tranquilidad y la satisfacción, asegurando su prestigio y protegiéndose contra procesos médico legales

A la Institución

Si se aplican adecuadamente los procesos de calidad se obtienen resultados efectivos de acreditación, disminución de costos (37.8%), pertenencia a la institución de su personal y menos incidencias de demandas por fallas del servicio.

En Colombia se han establecido parámetros de calidad en salud basados en características generales como atención oportuna, personalizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional (Ley 100)

La calidad de los servicios de salud depende de un sistema conformado por tres elementos interdependientes entre sí:

- La estructura: Recursos humanos, físicos, tecnológicos y financieros
- El proceso: Actividades que ocurren entre los profesionales de la salud y los pacientes
- El resultado: Cambios en el estado de la salud - atención y satisfacción

14.2 ÓRGANOS DE CONTROL MÉDICO (Ley 23 de 1981, Decreto 3380 de 1981)

- Federación Médica Colombiana
- Tribunal Nacional de Ética Médica

- Comité de Ética Hospitalaria
- Proceso Disciplinario ético profesional
- Jueces de la República

14.3 DIFICULTADES QUE AFRONTAN LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

- Exceso de trabajo: cargas que superan el tiempo laboral, no favorecen la calidad asistencial
- Falta de sueño: disminución de la capacidad profesional que conlleva a riesgos
- Trabajo en urgencias: Las peculiaridades aminoran la responsabilidad, no permite un análisis sereno y reflexivo antes de adoptar decisiones

14.4 PORQUÉ SE DENUNCIA O DEMANDA A UN MÉDICO

- Por abandono del paciente temporal o definitivamente
- Por descuidos
- Por lesión accidental
- Por cualquier complicación en el trans y postoperatorio o durante cualquier tratamiento médico
- Por reacciones secundarias a medicamentos o sustancias empleadas con fines diagnósticos
- Por errores diagnósticos
- Por resultados no satisfactorios o no esperados en el tratamiento médico quirúrgico
- Mala relación médico-paciente-familia
- Historias clínicas incompletas sin normas legales y éticas
- Por garantizar resultados
- Falta de Información detallada de los procedimientos y el consentimiento informado
- Por situaciones de impericia, negligencia e imprudencia e incumplimiento de normas establecidas en el manual de funciones y procesos
- No cumplir con Deberes del médico
- Falta de conocimiento y practica de los Derechos del paciente

15. JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL MÉDICO

Para tratar de responsabilidad en materia penal, no hay que perder de vista que la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable.

La tipicidad hace referencia a que la acción desplegada por el sujeto activo de la conducta se encuentra descrita en la ley como delictiva. Ejemplo: El artículo 323 del Código Penal que consagra el delito de homicidio simple.

La antijuridicidad de la acción se refiere a que la conducta debe lesionar o poner en peligro de lesión el interés jurídico tutelado, sin justa causa.

Luego, cuando se habla de justificación de la conducta se refiere a las causales excluyentes de antijuridicidad.

En los asuntos referidos a la praxis médica, la conducta de los médicos puede estar justificada por dos causales consagradas en el artículo 29 del Código Penal:

3) El legítimo ejercicio de una actividad lícita. 5) El estado de necesidad. Ejemplos:

1) Un médico realiza un reconocimiento ginecológico a una menor de 13 años, para lo cual debe obviamente recorrer sus partes genitales y en algunos eventos manipularlas. Desde el punto de vista de tipicidad, la conducta correspondería a un acto sexual abusivo; sin embargo, no habría antijuridicidad del comportamiento por estar justificado de acuerdo con la causal en comentario, es decir, por el legítimo ejercicio de una actividad lícita.

2) Un médico debe practicar un aborto terapéutico porque de no hacerlo la madre ineludiblemente morirá.

La conducta abortiva se encuentra descrita como delito dentro de nuestro Código Penal. Sin embargo, no habrá lugar a sancionarla, en este caso, por cuanto se estaría obrando en un estado de necesidad el cual debe reunir los siguientes requisitos: con el comportamiento se trata de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera; el agente no ha causado dicho estado intencionalmente o por imprudencia y no tiene el deber jurídico de afrontarlo.

En igual circunstancia se encontraría el galeno que amputa un miembro gangrenado para evitar la muerte del paciente. Hipótesis en la que obviamente tampoco habrá acción delictiva y, en consecuencia, no habrá responsabilidad, de acuerdo con la misma causal de justificación.

16. INCULPABILIDAD EN LA CONDUCTA DEL MÉDICO

Si al analizar el actuar médico encontramos que la conducta no se encuentra justificada, procedemos a estudiar lo atinente a la culpabilidad, especialmente en delitos culposos.

La culpa se presenta por violación del cuidado debido que ocasiona un estado típico no querido pero previsible y evitable para el autor. Al respecto, el doctor Orlando Gómez López, afirma que para que se presente la culpa debe existir una previsión concreta, estando el hombre en capacidad de evitar el resultado lesivo.

En otras palabras, al sujeto activo de la conducta típica sólo se le podrá imputar el resultado cuando tiene el poder fáctico de evitar la producción del daño mediante la adopción del cuidado debido. El resultado que el hombre no se halla en capacidad concreta de impedir no puede serle imputado.

"Al médico se le pide la razonable diligencia que es dable exigir a todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, tal vez los más preciados: la salud y la vida. Por ello, la falta de éxito en la prestación del servicio no importa la obligación de resarcir necesariamente al damnificado; ni siquiera es suficiente para generar la responsabilidad el error de diagnóstico por si solo, mientras no exista culpa o negligencia..." (CNCIV, Sala 19/12/77, JA 1978-11-1977; DE 77-248 integrada por los doctores Marcelo Padilla, Néstor Chichero y Jorge y F. Filess. (Tomado de "Daño, culpa y nexo causal en la responsabilidad civil médica" de Carlos Alberto Ghersi; pág. 172, Responsabilidad médica en los servicios de salud, Ed. Diké).

Los médicos son hombres, no dioses. No tienen el poder sobre la vida y la muerte y no pueden responder más allá de lo que su esfera de previsibilidad les permite; de no aceptarlo así, se estaría haciendo sobre su conducta un reproche basado en la responsabilidad objetiva la cual, reitero, se encuentra proscrita de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Logrando acreditar la no previsibilidad concreta y la no evitabilidad del resultado puede exonerarse al médico de la responsabilidad penal, en tratándose de delitos culposos.

Con relación a los delitos dolosos, como sería el caso del aborto, habría que acreditar la ausencia de dolo en la conducta o el haber actuado movido por un error de tipo o por la creencia errada de estar amparado por alguna causal de justificación del hecho, verbigracia: estado de necesidad; o por cualquiera otra causal de inculpabilidad o excluyente de culpabilidad (Código Penal, artículo 40).

17. OPCIONES EN CASO DE RESPONSABILIDAD

Una vez se ha logrado establecer que la conducta es típica, que se ha podido desvirtuar la antijuridicidad y que igualmente el galeno es culpable, por cuanto su actuar fue doloso o culposo, se podría optar por alguna de las siguientes soluciones.

17.1 INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

Dentro del campo que nos ocupa, procede para delitos culposos no agravados y consiste en indemnizar los perjuicios ocasionados con el delito, previo avalúo pericial o de acuerdo entre las partes. No procederá en favor de las personas que se hayan beneficiado con esta institución dentro de los cinco años anteriores.

17.2 SENTENCIA ANTICIPADA

Figura que implica la aceptación de los cargos formulados y renuncia a la posibilidad efectiva de defensa. Esta institución tiene como ventaja la rebaja de la tercera parte de la pena si se da dentro de la etapa instructiva o de la sexta si se da durante la etapa del juicio (Código de Procedimiento Penal, artículo 37). Es dable acogerse cuando los cargos son claros y no hay discusión sobre ello e igualmente cuando la responsabilidad resulta evidente.

17.3 AUDIENCIA ESPECIAL

Parte del supuesto de la aceptación de la responsabilidad penal; procede cuando hay discusión sobre los cargos, grado de participación, formas de culpabilidad, circunstancias del delito; la pena y la conducta de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor (Código de Procedimiento Penal, artículo 37A).

El beneficio que se puede obtener acogiéndose a la audiencia especial es una rebaja de pena que oscila entre una sexta y una tercera parte, a criterio del funcionario.

Únicamente procede durante la etapa instructiva hasta antes de que se cierre la investigación.

18. RAZONES PARA INICIAR UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

La razón esgrimida es la constitución de un contrato (verbal o escrito) de prestación de servicios médicos al establecerse la relación médico-paciente. Se recomienda que el contrato se realice por escrito, consignando la relación de riesgos y beneficios y haciendo una motivación de la decisión tomada. Se recomienda que el formato sea autenticado en notaría con la firma y huella digital del paciente, del familiar o del interesado, para los efectos legales pertinentes.

Presupuestos que se cumplen en la relación médico-paciente para que exista un contrato:

Con el solo hecho de aceptar la prestación de los servicios médicos profesionales se constituyen los elementos esenciales para que exista un contrato:

1. El consentimiento: ocurre cuando el médico, el equipo médico o la institución hospitalaria aceptan al paciente y éste, su familiar o interesados aceptan las condiciones.
2. El objeto: lo constituye la prestación del servicio de salud a que se comprometió el médico, el equipo médico o la institución hospitalaria; es el contrato de cuidados o servicios de salud, que debe quedar claramente especificado, es decir, indicar exactamente cuál es el procedimiento que se va a practicar.
3. La causa de la obligación: es el monto de los servicios médicos profesionales que el paciente, familiares o interesados deben cancelar.

Es importante tener en cuenta que el médico presta servicios médicos profesionales, y en consecuencia no se le deben facturar honorarios profesionales y nosotros no debemos aceptarlo así. Porque con los honorarios médicos profesionales se nos hace una retención del 10% y no del 3% como debe hacerse legalmente a los servicios médicos profesionales que nosotros prestamos.

Las obligaciones que surgen de este contrato por el personal médico son:

- Tratar al paciente empleando todos los conocimientos científicos para dispensarle los beneficios de la medicina.
- Respetar su dignidad de persona. Las obligaciones del paciente son:
 - El pago de los honorarios estipulados y causados directa o indirectamente.

- El acato y respeto para con el profesional médico o el equipo de salud que lo atiende.
- La cooperación, colaboración y cumplimiento del tratamiento establecido, del programa de recuperación, las revisiones y los controles posteriores.

Todo debe quedar totalmente claro en la historia clínica.

19. PRECAUCIONES PARA EVITAR DEMANDAS

A. Establecer una buena relación médico-paciente- familia

Cuando se logra establecer una adecuada empatía entre el médico, el paciente y la familia, generalmente la evaluación, diagnóstico, tratamiento y evolución de la entidad que aqueja al paciente dan magníficos resultados.

Aunque debe tenerse en cuenta que en un determinado porcentaje de los casos, los resultados no son los esperados, debido a factores como que "el paciente y el médico son seres humanos", las enfermedades y el trauma no siempre se manifiestan en iguales condiciones y responden de manera diferente ya que cada paciente tiene una reacción idiosincrásica e interna individual.

B. Historias clínicas completas

La historia clínica debe ser el centro de información de todo lo que acontece al paciente. Allí se anotará lo relacionado con sus antecedentes, la evaluación, el diagnóstico, el tratamiento y la evolución con un plan claro y bien establecido del comportamiento que debe cumplir el paciente en el post-operatorio o en el tiempo posterior a la atención médica, anotar las complicaciones o contratiempos, describirlos y precisar la causa.

C. Ejercer una medicina a la defensiva

Significa la necesidad de ordenar toda clase de exámenes para evitar la posibilidad de omisión de un examen o prueba de laboratorio o procedimiento diagnóstico, que pudiera ser la clave en el esclarecimiento de la entidad patológica que sufre el paciente.

Se deben ordenar los exámenes indispensables para cada tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico, e incluso otros más, que considere cada especialista. Como es lógico, así se encarecerá aún más la práctica de la medicina.

D. No garantizar resultados

El médico, el equipo médico o entidad hospitalaria, no deben garantizar resultados en ninguno de los procedimientos a realizar en la evaluación, diagnóstico y tratamiento y posterior evolución de la enfermedad, ya que el paciente corre con

todos los riesgos desde su llegada a la consulta, pues están implícitos en la enfermedad que padece. Al garantizar resultados, se asumen los riesgos que corría el paciente y en el evento de presentar complicaciones se responderá por ellas, porque no se acepta la posibilidad de alegar caso fortuito o de fuerza mayor.

La medicina como la abogacía son profesiones de medios y no de resultados, donde el compromiso o contrato se cumple con el empleo de medios idóneos y adecuados y la diligencia y cuidado debidos. Existe el compromiso de administrar unos servicios o cuidados médicos adecuados, pero no se puede garantizar el resultado de la operación o el tratamiento médico, porque pueden suceder una serie de imponderables por los que no puede responder el médico, el equipo médico ni la entidad hospitalaria.

E. Dar información detallada de los procedimientos y el consentimiento informado

Se debe explicar al paciente, los familiares, el interesado o el representante legal en forma clara y completa todos los riesgos, complicaciones y posibles secuelas que pueden presentarse en la evaluación, diagnóstico y tratamiento de la entidad. Debe quedar escrito en la historia clínica, no sólo para dar cumplimiento al Artículo 34 del Código de Ética Médica que dice: "... la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente...", para tener pruebas contundentes que serán de gran beneficio en el evento de una denuncia o de una demanda. Es recomendable disponer de un formato con la explicación completa del procedimiento, con la relación de riesgos y beneficios y demás situaciones anotadas para cada intervención quirúrgica, tratamiento médico, y procedimientos diagnósticos. Debe autenticarse en notaría con la firma y huella dactilar del paciente, familiar, el interesado o el representante legal en el caso de que el paciente no pueda realizarlo. Así, el documento adquiere la presunción de público, sirve y tiene el valor de ser portador de tal carácter y se obtendrán los beneficios pertinentes e inherentes a éste. En la actualidad muchos jueces y magistrados consideran que la simple historia clínica o su fotocopia son documentos privados, de los cuales no se presume su validez legal.

F. La Comisión Asesora

Debe crearse en todas las sociedades científicas y gremiales una "Comisión Asesora", quienes con él o los abogados realizarán una adecuada contestación de la demanda y demás memoriales en el transcurso del proceso que requieran de conocimientos médico-científicos especializados, así primará el aspecto clínico y científico en las conductas médicas que se aleguen en el proceso.

G. Los auxiliares de la justicia, médicos especializados

Debe hacerse la inscripción efectiva anual antes del 15 de febrero de 4 o 5 especialistas de cada sociedad científica, en el Tribunal Superior del Distrito y en el Tribunal Contencioso Administrativo Regional; con una sencilla nota ofreciendo los servicios como auxiliares de la justicia en calidad de peritos especializados en cada caso, esto es, indicando la especialidad. El único requisito es la presentación personal del memorial por todos los especialistas que lo firman, se sugiere que sea la Junta Directiva de cada sociedad científica la que preste este servicio, para evitar dificultades en la inscripción de especialistas en la calidad anotada.

De esta manera, se facilita la defensa para cualquier médico denunciado o demandado, porque se puede pedir en la contestación de la demanda la intervención de peritos especializados para que absuelvan un cuestionario realizado por el defensor o el juez o magistrado, con respecto a los hechos de la demanda y la contestación de la misma.

También puede la parte demandante adherirse a los peritos solicitados y trazar su propio cuestionario o solicitar ampliación y aclaración del dictamen rendido.

20. RECOMENDACIONES

RECUERDE QUE:

1. El médico tiene derecho a rehusar la prestación de sus servicios por actos que sean contrarios a la moral y a la ley, o cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de su profesión.
2. También tiene derecho a realizar intervenciones sin autorización en casos de urgencia.
3. Igualmente tiene derecho a contar, en las instituciones para las cuales labore, de instrumentos, equipos y drogas suficientes y adecuadas para desarrollar su actividad.
4. El médico incurre en responsabilidad penal, cuando su conducta se adecua a uno de los tipos consagrados por el código penal y es además antijurídica y culpable.
5. El médico se hace responsable no sólo por sus acciones nocivas en la salud de sus pacientes, sino también por las omisiones que ocasionen un probarse que el fracaso de la intervención o del tratamiento se debió a culpa del médico y además tiene que demostrarse el daño y el nexo de causalidad de éste con la culpa.
6. El consentimiento del paciente debe estar precedido de la información previa por parte del médico con relación a su condición clínico-patológica y al efecto adverso que pueda presentarse en la intervención quirúrgica o en el tratamiento médico.
7. La carga de la prueba en los procesos corresponde tanto al médico como al paciente, ya que ambos deben contribuir a la búsqueda de la verdad.

21. CONCLUSIONES

La responsabilidad puede ser civil o administrativa según se trate de un ente privado o público respectivamente

La actividad médica en Colombia es de medios y no de resultados, ya que la obligación del médico, no es curar sino proporcionar todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia

En nuestro País los tribunales de ética médica sancionan la conducta de los médicos, más no obligan a indemnizar a quienes causen un daño, ya que eso corresponde exclusivamente a los jueces de la República

La mala práctica médica es debida a una situación de impericia, negligencia, descuido o indolencia profesional que es sancionada jurídicamente

Conocer y cumplir los derechos del paciente y los deberes del médico, son factores preponderantes en la prestación de un servicio con calidad

La eficacia de la asistencia médica exige una plena relación de confianza entre el médico y el enfermo

Es obligación del personal que colabora en la formación médica, inculcar en los estudiantes la necesidad de conocer la normatividad ético y legal existente que seguramente disminuirá las reclamaciones y sus problemas subsecuentes.

Ejercer la profesión con un estricto cumplimiento de los parámetros de calidad, además de ser una exigencia ética se convierte en el mejor recurso para prevenir acciones de responsabilidad médico legales en contra.

Los profesionales de la salud deben conocer la responsabilidad jurídica, que se deriva de su actividad diaria, para evitar ejercer un ambiente de riesgo permanente, tanto para el profesional como para el paciente.

BIBLIOGRAFÍA

BARREIRO, Ja. Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico. En: la responsabilidad del personal sanitario. Madrid: Consejo General del poder Judicial, 1995.

BROGGI, Ma. ¿Consentimiento informado o desinformado? El peligro de la medicina defensiva. Med Clin (Barc); 112 p,9596.

BUERES, Alberto J. Responsabilidad Civil de los médicos. Editorial Abaco, 1979. Buenos Aires.

BUSTAMANTE, Alsina. Responsabilidad médica pluriparticipación por equipo y asistencia múltiple de pacientes. Editorial Zeus.

CARRILLO F. La responsabilidad profesional del médico. Tercera edición. México: Porrúa; 1996.

Circular 005 de 2006. Fortalecimiento de la defensa judicial en los procesos de reparación directa en contra de los hospitales y prevención del daño antijurídico en la prestación de servicios.

DANABEDIAN A. Garantía y monitoría de la calidad de la atención médica. México INSP, 1990.

DE-LORENZO R. Responsabilidad legal del profesional sanitario. Madrid: Edicomplet; 2000.

FERNÁNDEZ J. Consecuencias jurídicas de los delitos y de las faltas. La inhabilitación, privación de la libertad y otras. En: Memorias del Acto Conmemorativo del Centenario Colegial. Colegio Oficial de Médicos de Madrid. La responsabilidad civil y penal del médico. Madrid: Editorial Artes Gráficas; 1999.

FERNÁNDEZ P, Manuel. Responsabiildad médica. Revista chilena de cirugía. Vol. 54, 2002.

GALAN J. Responsabilidad en las distintas fases de la actuación médico-terapéutica y según especialidades. En: la responsabilidad civil y penal del médico. Madrid: Grupo Editorial Arte Gráficas; 1999.

GUZMÁN MF. Acto Médico. Carta Quirúrgica. Colombia abril 2002. En: www.abemedicus.com/articulo/id/307/pagina 1

GUZMAN MF. Los conflictos derivados del acto médico y las propuestas de solución en Latinoamérica. Revista Conamed, 2002; 7.

Revista Médico Legal, Responsabilidad Jurídica, Julio 13 de 2007.

JUNICH H. El paciente y su médico. México. JHG Editores, 1999.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Diario Oficial de la Federación, última reforma 13 marzo de 2002.

Ley General de Salud. Diario Oficial de la Federación 1984 febrero 7; tomo 372, No. 27; sección 2, página 24. También en: www.salud.gov.mx (sección normas y reglamentos).

Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional Relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal. Diario Oficial de la Federación 1945 mayo 26. Última revisión 8 de mayo de 2001. También en: www.sep.gov.mx/work/appsite/asuntosjuridicos/2002.pdf

Mala práctica médica. Odontomar Keting. Agosto 14 de 2007.

MARTINEZ PAREDA RODRIGUEZ, José Manuel. La imprudencia punible en la profesión sanitaria. Editorial Colex, 1985. Madrid.

VASQUEZ FERREIRA, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Editorial Dike, 1993. Colombia.

VINIEGRA, VL. Las condiciones para una comunicación humana en la relación médico paciente. Revista Conamed 2002; 7.