

# LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

*Jesús María Carrillo Ballesteros*

## I. NATURALEZA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL MÉDICO Y EL PACIENTE

**P**OR VÍA GENERAL, EN DERECHO privado la relación médico-paciente es de carácter contractual y sólo por excepción extracontractual, como en los casos de atención benévola, urgencias y otros.

La jurisprudencia toma en cuenta las particularidades de la relación, las circunstancias en que se contrae, las características del paciente y la naturaleza del acto médico.

«Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso, si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, de suerte que en caso de reclamación éste deberá probar la culpa del médico sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación»<sup>1</sup>.

«3.- Síguese de lo dicho que, para que pueda darse la responsabilidad de que se trata, será necesario establecer primero la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la cual puede haberse constituido mediante un contrato verbal, un contrato solemne, o un documento privado. En segundo lugar, habrá de probarse el daño causado a la víctima, luego la conducta descuidada del demandado, y por último que ésta fue la causante del daño.

«Por lo que a la *cirugía estética* se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano.

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de septiembre de 1985, M. P.: Horacio Montoya Gil. En el mismo sentido puede verse la sentencia del 26 de noviembre de 1986, M. P.: Héctor Gómez Uribe, en la que se precisa que la responsabilidad médica puede ser de linaje contractual o extra-

contractual, y la del 8 de mayo de 1990, M. P.: Eduardo García Sarmiento, en la que se hace referencia, para un caso de responsabilidad médica, a la necesidad de demostrar los tres requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, a saber: hecho culposo, daño y relación de causalidad.

«Así las cosas, *deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente*, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiese asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor o culpa de la perjudicada»<sup>2</sup>.

En el campo del derecho público la relación no es contractual, es reglada o estatutaria, pero se aplica el régimen de la responsabilidad extracontractual a través de la acción de reparación directa entre paciente y Estado. Otra es la relación que se establece entre Estado y médico y entre médico y paciente.

Dicha responsabilidad extracontractual se juzga en todo caso atendiendo a las obligaciones de medio como regla, y de resultado como excepción.

«Ahora bien, demostrado como está en el caso concreto que el servicio se desarrolló con suficiente diligencia y cuidado, la entidad demandada queda exonerada de responsabilidad, toda vez que, como ha tenido oportunidad de reiterarlo la Sala, *la obligación* que a ella le incumbe en este tipo de servicios no es una obligación de resultado sino *de medios*, en la cual la falla del servicio es lo que convierte en antijurídico el daño. Considerar que la obligación médica es una obligación de resultado, desconociendo su naturaleza, sería tanto como aplicar la responsabilidad objetiva en este campo, la cual no es de recibo, pues resulta claro que en esta materia el riesgo que representa el tratamiento lo asume el paciente y es él quien debe soportar sus consecuencias, cuando ellas no puedan imputarse a un comportamiento irregular de la entidad prestadora del servicio»<sup>3</sup>.

#### A. EN LA PRÁCTICA PRIVADA

LA RELACIÓN ES CONTRACTUAL; por principio se aplican las disposiciones del Código Civil, en especial el artículo 1604 en armonía con los artículos 1494, 1495, 1500, 1502, 1515, 1519, 1522 y 1524.

Cuando la práctica se ejecuta dentro del marco extracontractual las disposiciones aplicables son las generales de responsabilidad contenidas en el Código Civil, artículos 2341 y siguientes.

No existe un estatuto legislativo especial aplicable al ejercicio de la medicina para efectos de la responsabilidad patrimonial que eventualmente se derive de la prestación del servicio.

En todo caso, existe la Ley 23 de 1981 que regula todo lo pertinente en materia de ética médica.

#### B. EN LA PRÁCTICA HOSPITALARIA

LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE se hace más o menos compleja según permanezca en el ámbito de estos dos sujetos o involucre por necesidad del servicio a establecimientos clínicos y hospitalarios que pueden ser del orden privado o del orden público.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de noviembre de 1986, M. P.: Hector Gómez Uribe.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 1998, C .P.: J. Carrillo, exp. 11833.

*1. Clínicas y hospitales privados. Estatuto del Médico. Calificación jurídica de las relaciones jurídicas entre el paciente y la institución de cuidados y/o los médicos*

Las diversas relaciones que surgen merecen precisión: médico-paciente, médico-hospital, hospital-paciente. Habrá necesidad de conocer si el médico practicante concurre habiendo contratado por separado los servicios hospitalarios o si el médico hace parte del personal de que dispone el establecimiento de cuidados para la atención que ofrece al paciente.

En consecuencia puede darse el evento en que el paciente contrate médico e institución por separado o que se vincule contractualmente con el establecimiento y en forma extracontractual con el médico. Así, el paciente podrá exigir respecto de cada uno según la relación que lo vincula.

El paciente frente al médico y la institución hospitalaria debe observar y acatar los reglamentos que para la prestación del servicio se tienen preestablecidos, y el desconocimiento o desacato del reglamento que rige para el paciente será determinante a la hora de evaluar la responsabilidad.

*2. Clínicas y hospitales públicos. Estatuto del médico. Calificación jurídica de las relaciones entre el paciente y la institución hospitalaria y/los médicos*

Igual que para el caso del servicio privado, las relaciones que se suscitan son tres: médico-paciente, médico-institución, institución-paciente. En lo referente a la relación paciente-institución, el vínculo queda gobernado por la ley de ética médica, por los reglamentos propios de la institución. Entre paciente y médico se evidencia una relación extracontractual que se gobierna en los términos del artículo 90 de la C. P., aunque en principio el paciente-usuario del servicio demanda a la Administración con fundamento en la falla del servicio, la falla presunta o el daño antijurídico, y sólo respecto de la Administración pública el médico responde en términos del inciso 2º del artículo 90 *ibidem*.

«La decisión de primera instancia, consistente en absolver de responsabilidad al médico llamado en garantía, será también confirmada en esta instancia, pues para que el agente resulte condenado, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, debe acreditarse que el daño que dio origen a la indemnización fue causado por una conducta suya, dolosa o gravemente culposa, extremos éstos que no fueron establecidos frente al doctor Carlos E. Rodríguez G., que fue el médico que llevó a cabo la intervención quirúrgica; por el contrario, al contestar la demanda dijo que el citado médico “actuó conforme a sus conocimientos, experiencia y ética profesional”.

«Comparte la Sala lo expresado en este punto por el Tribunal de primera instancia. Así, se lee:

«La responsabilidad frente al Estado, en estos casos, surge para el agente cuando el daño que debe indemnizar la Administración ha sido de una conducta positiva, o por omisión, dolosa o gravemente culposa del agente. No se trata de una obligación de reembolso que surja automáticamente por el mero hecho de haber sido condenado el Estado a resarcir perjuicios. El régimen jurídico aplicable a esta responsabilidad del agente está basado en la culpabilidad, lo que excluye cualquier responsabilidad objetiva”.

«Quien realiza el llamamiento en garantía adquiere frente al llamado la calidad de demandante, para que en el mismo proceso se decida sobre la relación jurídica

que el llamamiento señala como existente entre ellos. Por lo anotado corresponde al autor del llamamiento en garantía la carga probatoria que para las partes consagra el artículo 177 del C. de P. C.

«Uno de los supuestos de la responsabilidad de reembolso en el ente estatal (o el asimilado a éste) es el haber procedido con dolo o culpa grave. En el caso presente no aparece ninguna prueba, así fuese con fuerza de mero indicio, que el cirujano hubiera procedido con dolo, o con culpa grave. Esta circunstancia por sí sola impide la prosperidad de la pretensión formulada en el llamamiento en garantía»<sup>4</sup>.

#### C. LAS REGLAS APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS SON DIFERENTES SEGÚN SE TRATE DE PRÁCTICAS PRIVADAS O DE INSTITUCIONES PÚBLICAS DIRIGIDAS POR EL ESTADO O LAS MUNICIPALIDADES

LA RESPONSABILIDAD DE LOS médicos se gobierna por principios comunes pero partiendo de situaciones diversas. En efecto, en lo privado se parte del contrato y excepcionalmente de la responsabilidad extracontractual. En lo público la demanda de reparación tiene como base una relación “reglamentada”, y aunque en principio la relación contenciosa se plantea entre paciente y Estado nada obsta para que se ponga de presente la relación paciente-médico y la relación médico-Estado.

En la práctica privada la responsabilidad del médico se edifica sobre la prueba de su culpa (excluida la levísima), o el dolo, y la carga de la prueba corre por cuenta del demandante, así como la del daño y del nexo causal.

En el ejercicio de la medicina, frente al derecho público la responsabilidad se edifica sobre la falla del servicio, así sea presunta, pudiendo la Administración probar diligencia y cuidado. Aunque se debe probar el daño se abre paso a la presunción según la cual toda víctima devengaría el salario mínimo legal. Y respecto del nexo causal mucho se ha especulado sobre su presunción, la cual constituiría la aplicación de la responsabilidad objetiva. Sin embargo se insiste en su prueba; solo que, como dice Ricardo de Angel Yaguez, en expresión que viene al caso, «hay hoy una tendencia considerable a afirmar que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia», y a esta reflexión debe agregarse el poco esfuerzo en señalar los linderos entre la falla y el nexo causal que a menudo se involucran, con la misma sutileza anotada por Ripert y por Esmein.

#### D. ¿EXISTEN CASOS DONDE SE APLIQUEN EXCLUSIVAMENTE LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD CUASI DELICTUAL A LAS RELACIONES ENTRE MÉDICOS Y PACIENTES? ¿CUÁLES SON LAS DISPOSICIONES APLICABLES EN ESTE CASO?

EN EL DERECHO PRIVADO nacional el cuasidelito o culpa se define como aquel hecho culpable pero cometido sin la intención de dañar (art. 34 inc. 5º Ley 57/87) y es suficiente para demandar en reparación.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de julio de 1995, C. P.: Betancur Jaramillo.

En el derecho público se aplica en cambio el concepto de falla del servicio en sus distintas formas.

E. CUANDO LAS RELACIONES ENTRE MÉDICOS Y PACIENTES SE SITUAN DENTRO DEL MARCO CONTRACTUAL, ¿LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS SON DE MEDIO O DE RESULTADO? ¿SON LAS MISMAS REGLAS RESPECTO DE LOS HOSPITALES PÚBLICOS Y LAS APLICABLES A LAS INSTITUCIONES PRIVADAS?

La obligación surgida dentro del marco contractual entre el médico y el paciente se sitúa en el campo de una obligación de medio, en el que el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios y recursos a su alcance para curar al enfermo, de modo tal que en caso de reclamación el paciente deberá probar la culpa del facultativo, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación. Es decir que al médico, para exonerarse de responsabilidad, le basta demostrar que actuó con toda la diligencia y prudencia que se demanda de un hombre normal, el cual colocado en las mismas condiciones del obligado hubiese obrado con la misma entereza para obtener el resultado pretendido. Este mismo principio se aplica igualmente con respecto a las instituciones privadas, por cuanto se aplican los mismos lineamientos que para los facultativos. La obligación médica que surge entre los establecimientos públicos-hospitalarios y el paciente es una obligación de medio, la cual ha sido desarrollada jurisprudencialmente.

Ahora bien, cuando se contrata por el paciente determinada prestación de servicios, entrándose de cirugías faciales, por ejemplo, la obligación del deudor, bien sea establecimiento público o privado, o del mismo médico, es de resultado.

## II. LA CULPA DEL MÉDICO

A. ¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS DE LA CULPA MÉDICA DEFINIDOS POR LA LEY O POR LA JURISPRUDENCIA?

LOS CRITERIOS SOBRE ESTA materia han sido estructurados por la misma jurisprudencia de las altas Cortes, las cuales han fundado su posición con base en la normatividad que se recoge en el Código Civil, artículo 1604, cuando la prestación del servicio médico se fundamenta en un contrato y otras normas de rango constitucional.

«De aquí se desprende que 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 (arts. 6° y 91 C. N.)»<sup>5</sup>.

5 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de julio de 1997, C. P.: Hoyos R., exp. 9894.

## B. ¿SOBRE QUIÉN PESA LA CARGA DE LA PRUEBA?

EN EL DERECHO PÚBLICO, sobre quien presta el servicio, en razón de que goza de una posición privilegiada consistente en que puede explicar cada una de sus actuaciones por el conocimiento especial de la ciencia de la medicina. En el derecho privado se traslada la carga al paciente, en virtud de que las obligaciones contraídas por la institución hospitalaria o por el médico se sustentan en un contrato de prestación de servicios médicos.

«Frente a tal presunción le correspondía a la entidad demandada, para eximirse de responsabilidad, demostrar la existencia de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, o bien acreditar el comportamiento diligente que permitiera deducir su ausencia de culpa en la producción del daño.

«No era, pues, a la parte demandante a quien tocaba demostrar la negligencia que dio origen al perjuicio sufrido por la víctima como consecuencia de la intervención quirúrgica. Era a la parte demandada a quien correspondía aportar la prueba de su diligencia y cuidado en dicha intervención»<sup>6</sup>.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia al tratar el tema de la carga de la prueba, puntualizó:

«Ahora bien, la regla general en materia de indemnización de perjuicios es probar por quien los reclama los elementos que en los sistemas culpabilistas conforman la responsabilidad, o sea el asumir las consecuencias de una conducta positiva o negativa con la que se afirma se causó un daño. Por consiguiente, es ineludible demostrar, salvo las excepciones de ley, la relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño. Ha pregonado la jurisprudencia de la Corte: “La responsabilidad civil extracontractual está configurada por los tres elementos tradicionalmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, los cuales fluyen claramente del texto de los preceptos legales que la regulan: culpa del demandado, daño sufrido por el demandante, y relación de causalidad necesaria entre éste y aquella. *Quien la invoca con el fin de obtener que por la vía jurisdiccional se le resarza el daño sufrido, debe afirmar en su demanda la concurrencia de tales tres elementos, concretados a la situación fáctica y respectiva, y demostrarlos plenamente*”<sup>7</sup>.

## C. LOS CRITERIOS DE LA CULPA VARÍAN EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DEL ACTO QUE DEBE CUMPLIR EL MÉDICO

EN LAS OBLIGACIONES DE resultado la responsabilidad es objetiva, pues fracasada la intervención médica, por medio de la cual el facultativo se comprometió expresamente a obtener cierto tratamiento, le basta demostrar al demandante que no hubo éxito.

Mientras que en las obligaciones de medio se habla de una responsabilidad subjetiva, en el sentido que le basta a la institución médica demostrar que, pese a actuar con la debida diligencia y cuidado, no se obtuvo el resultado requerido.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 1995, C. P.: Betancur C., exp. 9142.

<sup>7</sup> Casación Civil, 11 de marzo de 1976, en *Gaceta Judicial*, N° 299, p. 63.

#### D. ¿RESPONDE EL MÉDICO DE LA CULPA DE SUS AUXILIARES?

EN NUESTRO ORDENAMIENTO jurídico por principio quien tiene la dirección u orientación del personal a su cargo responderá directamente ante los damnificados, salvo que pruebe que estuvo en la imposibilidad de controlar la conducta de sus subalternos o que concurrió alguna de las causales eximentes de responsabilidad. Es claro que el médico no asumirá ninguna reparación del daño que sobrevenga por la conducta de sus auxiliares cuando éstos adelanten tareas que corresponden a su exclusiva actividad profesional.

«Para que pueda operar una presunción de culpa por razón de los actos perjudiciales ocasionados por persona que dependa de otra es necesario que el agente causante de ella dependa como subordinado de la persona a quien se exige la reparación por el hecho del agente o subordinado. Si tal carácter de subordinado o dependencia no se demuestra, falla la presunción de culpa»<sup>8</sup>.

##### 1. *Enfermeros y enfermeras*

Los facultativos comprometen su responsabilidad cuando este cuerpo auxiliar se encuentra bajo su orientación y cuidado, claro está, cuando se observe que hubo negligencia en la vigilancia de la asistencia que sus subalternos le prestaban. Así, en el caso que se verifique la falta de idoneidad del personal, concurre con éste a prestar el servicio médico.

##### 2. *Asistentes o reemplazantes*

Dicha responsabilidad se predicaría en cuanto, advertido que el facultativo carece de suficiente idoneidad y conocimientos sobre la materia, le encomienda asuntos que el asistente o reemplazante no está en la posibilidad de conducir con la propiedad que demande el caso. Ahora bien, si el asistente es designado por la institución hospitalaria, aquella deberá asumir todas las consecuencias jurídicas que se deriven por la deficiente prestación del servicio por parte del profesional que encomendó adelantar alguna tarea en especial.

##### 3. *Anestesiólogos. ¿Existe un contrato distinto entre el anestesista y el paciente?*

Si se rige por las disposiciones del derecho privado la relación jurídica que surge entre el paciente y el anestesista, ésta se fundamenta en un contrato de prestación de servicios, al igual que la surgida entre el médico y el paciente.

Si el vínculo jurídico entre el anestesista y el paciente deviene de las normas que gobiernan el derecho público, la jurisprudencia de esta Corporación ha estimado plausible que la relación se ampare bajo los principios de la responsabilidad extracontractual, bajo el entendido que allí la administración ejecuta un hecho que en el evento de producir daños a la salud del damnificado es susceptible de ser reparado mediante el ejercicio de la acción de reparación directa.

— ¿La responsabilidad personal de los auxiliares puede comprometerse al lado de la del médico y/o de la institución en la cual practica?

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de agosto de 1965.

«En esas circunstancias, entonces, mientras a la víctima no se le haya reparado íntegramente el daño que le ha sido irrogado, puede reclamar de cada obligado solidario la indemnización plena; obvio que lo que cada uno efectivamente paga por razón de la condena que se le imponga puede y debe ser deducido de una condena mayor que eventualmente pudiera llegar a darse, con el fin de evitar que el damnificado reciba un doble pago por el mismo concepto y, por ende, impedir que la indemnización se torne en fuente de enriquecimiento indebido»<sup>9</sup>.

Quien resulte damnificado por el tratamiento o intervención quirúrgica puede accionar indistintamente contra el médico o contra los auxiliares, o si quiere, dirigir la acción contra ambos, en razón de que el ordenamiento jurídico establece que cuando un daño se ha ocasionado por el concurso de varias personas el perjudicado puede reclamar de todas o de alguna de ellas, según su arbitrio, el monto de la indemnización perseguida.

#### E. ¿LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO O DEL HOSPITAL PUEDE COMPROMETERSE CON FUNDAMENTO DISTINTO DE LA CULPA?

LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO solo puede comprometerse con fundamento en la culpa, por cuanto se exige por la ciencia médica que éste debe observar todas sus actuaciones con la debida diligencia y prudencia, que en caso de obviarlas resulta responsable por los daños que se deriven de dicho comportamiento. Tratándose de hospitales privados, igualmente solo es posible que comprometan su responsabilidad con base en la culpa civil. Los establecimientos públicos son responsables con aplicación de la falla del servicio, la falla presunta o el daño antijurídico.

#### F. ¿CUÁLES SON LAS REGLAS DE SU DERECHO CONCERNIENTES AL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE?

PROPIAMENTE EL CONSENTIMIENTO del paciente está amparado en textos legales, que se hizo necesario expedir con el fin de respetar la libertad y la voluntad de los usuarios de servicios médicos, para que a su arbitrio escogiesen el tratamiento que les significara menos traumatismo. En todo caso el médico para intervenir al paciente deberá contar con la plena autorización de éste cuando a ello hubiere lugar, o en su defecto con el consentimiento de sus familiares responsables, o en caso extremo por acuerdo en junta médica, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

##### 1. ¿Hay reglas a ese respecto?

###### a. Legales

Esta materia está regulada en especial por la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, reglamentada por los decretos 3380 de 1981 y 1171 de 1997.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de septiembre de 1998, M. P.: Nicolás Bechara.

## b. Jurisprudenciales

Esta materia ha sido objeto de estudio por el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, e igualmente por la Corte Constitucional:

«... En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (art. 12 C. P.), sino a una anulación de su dignidad, y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto [...]

«No sobra recordar que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no solo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el sentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, como consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren»<sup>10</sup>.

## c. Deontológicas

Paralelamente a los dictados de la ley y de la jurisprudencia, jueces y doctrinantes desarrollan el tema de la necesidad del consentimiento expresado en forma clara por el paciente o en su defecto por quienes tiene a cargo su cuidado y custodia, trátase de menores o de enfermos, pero dentro del respeto de la autonomía privada.

### 2. ¿El consentimiento del paciente debe ser expresado por escrito? ¿Bajo qué forma?

La Ley 23 de 1981, que contiene las normas relacionadas con la ética médica, en sus artículos 12, 13 y 14 sólo menciona bajo qué circunstancias debe proceder el consentimiento del paciente o de su familiares para que se le someta a determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica, sin aludir a la forma en que los interesados deben manifestar su voluntad. En la práctica médica se observa que tanto facultativos como centros hospitalarios han optado por obtener el consentimiento en forma escrita, para lo cual han elaborado formularios que tanto los pacientes como, en su lugar, las personas allegadas deben diligenciar en señal de acuerdo con la intervención que se les debe practicar.

<sup>10</sup> Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, M. P.: Gaviria C.

3. *¿A quién incumbe la carga de la prueba cuando se invoca que no ha habido consentimiento o que éste no ha sido "eclairé"?*

Al damnificado solo le bastará afirmar que no otorgó consentimiento alguno, para que traslade la carga de la prueba al facultativo o al centro hospitalario, que debe desvirtuar dicha afirmación con los documentos que reposen en los archivos de la institución, o según sea el caso mediante el concurso de testimonios, entre otros medios de convicción.

4. *¿Cuáles son las consecuencias de la ausencia de consentimiento "eclairé" del paciente?*

Si con ocasión de una inadecuada información del paciente acerca del tratamiento o de la cirugía que se le debe seguir consiente erróneamente que la institución médica practique determinados procedimientos, los cuales no hubiesen sido aceptados en el evento de una instrucción exacta, el médico o el establecimiento podrá ver comprometida su responsabilidad patrimonial, si con dicha conducta se ocasionaron daños al paciente.

### III. LA CULPA DEL MÉDICO DETERMINANTE DE LESIONES CORPORALES HERIDAS O MUERTE, ¿CONSTITUYE INFRACCIÓN PENAL EN SU DERECHO?

POR REGLA GENERAL LAS lesiones causadas por el médico al paciente no constituyen un hecho punible, lo cual solo ocurriría en caso de comportamiento negligente, o imprudente, que merezca ser sancionado por el juez penal. No puede afirmarse sin embargo que toda conducta negligente configure un delito.

El artículo 37 del C. P. reza:

«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».

#### A. SI HAY INFRACCIÓN, ¿ELLO INFLUYE SOBRE LA COMPETENCIA?

CUANDO HAY INFRACCIÓN PENAL, la víctima puede demandar civilmente la indemnización sin que ello obste para que la justicia penal adelante la causa por lo que le compete, pudiendo dentro de ésta constituirse el interesado en parte civil.

#### B. ¿LOS CRITERIOS DE CULPA SON LOS MISMOS EN LO CIVIL Y EN LO PENAL?

EN LO CIVIL, LA CULPA está constituida por la negligencia, la impericia, la imprudencia, todo ello referido a las circunstancias del caso y a las calidades del médico.

En lo penal, el artículo 37 establece: «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». Es punible, pues, la conducta culposa, y con mayor razón la dolosa.

### C. ¿LA ACCIÓN CIVIL ES POSIBLE DESPUÉS DE UN SOBRESEIMIENTO?

«RESULTA DE LO DICHO, que donde no hay infracción penal culposa puede, con todo, existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual, la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera no conlleva (*sic*) la absolución de la segunda, ya que aún sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañinos en el sentido puramente patrimonial –determinados por negligencia, descuido o falta de previsión– de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa»<sup>11</sup>.

La sentencia transcrita permite concluir que hay culpas meramente civiles, que no tienen que regularse en absoluto con el proceso penal.

## IV. PRESCRIPCIÓN

### A. ¿CUÁL ES EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL PACIENTE EN MATERIA CIVIL Y/O EN CASO DE INFRACCIÓN PENAL CUANDO ÉL QUIERE PROMOVER LA RESPONSABILIDAD DE UN MÉDICO?

ESTA FIGURA SE REGULA EN el derecho privado por el artículo 2358 del C. C. que consagra lo siguiente:

«Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

«Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto».

El Código Penal por su parte preceptúa sobre la prescripción de la acción civil, que entratándose de «La acción civil proveniente del delito prescribe en veinte (20) años si se ejercita independientemente del proceso penal y en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal, si se adelanta dentro de éste».

En lo contencioso administrativo, la acción de reparación directa *caduca* al término de dos años cuando se trate de enjuiciar (art. 136 C. C. A.).

La jurisprudencia se ha encargado de precisar el momento a partir del cual se contabiliza el término de dos años, pues la realidad indica que no siempre hay claridad sobre el hito temporal a partir del cual comienza a operar la caducidad. Así el Consejo de Estado en múltiples providencias:

«La realidad indica las más diversas circunstancias en que pueden ocurrir los hechos, de los cuales o bien se desconoce su ocurrencia o por su naturaleza es precisa una valoración que indique a partir de qué momento la víctima o el accionante estuvieron en la posibilidad de acceder a la justicia para reclamar sus derechos. En efecto, y a modo de ejemplo, pueden citarse diversas hipótesis, tales, la del paciente a quien, intervenido quirúrgicamente, se le deja un elemento extraño dentro de su cuerpo, hecho que advierte con posterioridad, cuando le

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de marzo de 1952.

causa daño evidente y hace ostensible el hecho pretérito; la del paciente a sabiendas, porque el tratante le ha advertido que olvidó retirar y quedó dentro de su cuerpo un elemento que no ofrece peligro; la del paciente herido con arma de fuego a quien el médico no le retira el proyectil por evitar un riesgo mayor para el paciente, circunstancia de la cual puede haber sido o no advertido el mismo; o la del servidor público en ejercicio de su oficio, o un tercero que soporta un hecho que de inmediato no determina un daño evidente ni cierto pero que puede determinar la producción de un daño futuro, en cuyo caso la propia víctima no tendría medios para advertirlo; o finalmente, en los eventos de una asistencia médica prolongada o de un proceso de sanidad que impiden al interesado el conocimiento y la certeza de la presencia del daño resarcible para que desde allí se compute el término de caducidad. Igualmente el caso de quien fallece luego de un proceso de deterioro progresivo, y después del transcurso de un largo período de convalecencia, o de quien habiendo padecido una lesión interna no estaba en condiciones de percatarse de su situación»<sup>12</sup>.

#### B. ¿CUÁL ES EL PUNTO DE PARTIDA DE LA PRESCRIPCIÓN?

- ¿La culpa?
- ¿La aparición del daño?
- ¿La identificación del responsable?

En lo contencioso administrativo, de conformidad con lo dicho, no se computa inexorablemente desde el momento en que se cometió la falla del servicio que es la regla general, sino que en ocasiones, atendidas las circunstancias, se computa desde que se conoce o aparece el daño. Como en la responsabilidad patrimonial del Estado, la falla puede permanecer anónima; no importa entonces la identificación del responsable.

#### V. ¿EXISTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CASO DE RESPONSABILIDAD SIN CULPA DEL MÉDICO?

NO. NI EN EL ORDENAMIENTO jurídico, ni se ha deducido jurisprudencialmente.

#### A. ¿A CARGO DE QUIÉN?

- ¿El médico o sus aseguradores?
- ¿El hospital?
- ¿Los poderes públicos?

No existe responsabilidad a cargo del médico ni de sus aseguradores, pero en caso de falla o defectos de elementos útiles al médico para su práctica, de los cuales no sea su guardián o no sea de su resorte el mantenimiento y su calidad, responderá aquél bajo cuya custodia se encuentre o quien deba responder por su defecto de fábrica. Entonces, el médico no respondería en esta circunstancia. Podría verse involucrado el hospital o la Administración pública en su caso.

<sup>12</sup> Auto del 30 de abril de 1997, C. P.: J. Carrillo, exp. 11350.

No hay legislación sobre la responsabilidad objetiva del Estado en caso de sujeción a las vacunas obligatorias a que deben someterse los ciudadanos, pero es comprensible que en ese sentido pudiera inclinarse la jurisprudencia.

Tampoco existe disposición alguna que responsabilice al Estado por la autorización del expendio de medicamentos que puedan resultar nocivos para el público, pero es también viable pensar en la responsabilidad pública, solo que se plantearía el problema de la acción directa, que sería para un individuo en particular que acredite daño, pero media el deber de estudiar las contraindicaciones en cada caso. En lo colectivo la acción sería una acción popular.

## B. ¿CUÁLES SON LAS SOLUCIONES EN SU DERECHO?

– ¿Para las infecciones nosocomiales contraídas durante la hospitalización?

En un caso concreto, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en los siguientes términos:

«Como es suficientemente conocido, las clínicas y hospitales también pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas, entre otras, cuando por negligencia de aquéllas en la asepsia del instrumental quirúrgico transmiten enfermedades al paciente, o cuando éstas son adquiridas por contagio causado por sus dependientes, o cuando el paciente las adquiere a través del medio ambiente del establecimiento respectivo, así como cuando por imprudencia o impericia, o falta de cuidado y atención no se suministran los medicamentos formulados a los pacientes, o se cumple con esta actividad de manera inoportuna, o se le aplican por equivocación otros distintos con consecuencias negativas para la salud del enfermo»<sup>13</sup>.

– ¿Para la contaminación contra el virus del SIDA o de la hepatitis C, en caso de transfusión sanguínea?

En relación con el tratamiento que se debe suministrar por las entidades hospitalarias a los portadores del virus del SIDA, se expidió el Decreto 1543 de junio de 1997, mediante el cual se regula lo concerniente al tratamiento y atención a dichos pacientes.

No se establece un régimen especial de responsabilidad y si alguna institución fuese demandada con ocasión de contaminación el asunto habrá de remitirse a las normas generales.

– ¿En caso de daño que haya alcanzado a un gran número de pacientes?

Las obligaciones surgidas para las instituciones hospitalarias con respecto al tratamiento de dicha enfermedad no varían atendiendo al número de pacientes.

## VI. SEGUROS

### A. ¿EXISTE OBLIGACIÓN LEGAL PARA LOS MÉDICOS Y HOSPITALES EN SU PAÍS, DE CUBRIR SU RESPONSABILIDAD MEDIANTE UN SEGURO?

No. Pero en el ejercicio privado los médicos cada vez más optan por tomar seguro, *motu proprio*.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 8 de septiembre de 1998, M. P.: P. Lafont, exp. 5143.

El ISS, en la celebración de sus contratos de prestación de servicios con los médicos, exige la constitución de una póliza de responsabilidad civil médica.

B. ¿EXISTE UN TECHO OBLIGATORIO DE COBERTURA IMPUESTO POR UNA REGLAMENTACIÓN?

NO. Por las razones anteriores.

C. EN DEFECTO DE OBLIGACIÓN DE ASEGURAMIENTO, ¿CUÁL ES LA PRÁCTICA OBSERVADA POR LOS MÉDICOS Y LOS HOSPITALES?

LOS MÉDICOS SE INCLINAN por su seguro voluntario; así lo indican las estadísticas en las compañías aseguradoras.

El ISS exige a médicos y hospitales, contractualmente, la constitución de una cobertura de responsabilidad; el tema se hace cada día más importante y recurrente.

La sociedad de anesthesiólogos, en una especie de sociedad mutuaría, con su fondo, contrata con sus especialistas la asistencia en responsabilidad para el caso en que se les deduzca el deber de reparar daños causados con su ejercicio profesional.

El ramo de los seguros tiene hoy el mayor auge en el campo de la responsabilidad civil y médica, con límites globales fijados hasta hoy más por la capacidad de las compañías para obtener reaseguros.

D. EN CASO DE SEGURO, EL SINIESTRO ESTÁ CONSTITUIDO POR:

- ¿La culpa?
- ¿La aparición del daño?
- ¿El reclamo de la víctima?

El siniestro es el daño, pero la obligación de indemnizar, para las aseguradoras, estará precedida de reclamo y siniestro.

En general se observa la cobertura de la póliza de seguro en el campo de la culpa, pues naturalmente el dolo está excluido. Para que exista responsabilidad o deber de reparar debe mediar un acto culposo y una declaración judicial de responsabilidad con fundamento en aquél. Ello no obsta para que, ante una culpa evidente, la aseguradora opte por el pago.

Sobre el tema vale la pena anotar que, conforme al artículo 1133 del Código de Comercio, modificado por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990 respecto de la acción de los damnificados, en el seguro de responsabilidad, se faculta a éstos para entablar la acción directa, pidiendo en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.

## VII. PROCEDIMIENTO

A. ¿EN SU ORDENAMIENTO SE IMPONE UN INTENTO DE CONCILIACIÓN ANTES DE INICIAR EL CONTENCIOSO?

NO ES OBLIGATORIO EL intento de conciliación antes de iniciar cualquier acción judicial.

No obstante lo anterior, la ley posibilita el intento de conciliación prejudicial, y regula y alienta la conciliación dentro del proceso.

La Ley 446 define la conciliación; señala los asuntos conciliables como todos aquellos susceptibles de transacción, desistimiento y los que la ley determine, advirtiendo que dicho acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y que puede ser judicial o extrajudicial, que ésta será institucional ante los centros de conciliación, administrativa ante autoridades de esta naturaleza, y en equidad ante conciliadores en equidad conforme a esta ley.

La conciliación judicial, reglamentada por el C. de P. C. en el artículo 101, atenderá a la regla según la cual, luego de contestada la demanda principal y la de reconvenición si la hubiere, el juez citará a las partes para que personalmente concurren con o sin apoderado, a audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio.

En el procedimiento contencioso administrativo no es obligatorio el intento previo de conciliación, pero pueden las partes intentar la conciliación en la acción de reparación directa prejudicialmente ante la Procuraduría General de la Nación o dentro del proceso de conformidad con la siguientes disposiciones:

«Ley 446, art. 80. El art. 60 de la Ley 23 de 1991 quedará así:

«Artículo 60. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C. C. A., las partes individual o conjuntamente podrán formular solicitud de conciliación prejudicial al agente del Ministerio Público asignado o al juez de la corporación que fuere competente para conocer de aquéllas. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones...».

Y el artículo 104 de la precitada ley, respecto de la conciliación judicial en materia contencioso administrativo, dispone:

«La audiencia de conciliación judicial procederá a solicitud de cualquiera de las partes y se celebrará vencido el término probatorio. No obstante, las partes de común acuerdo podrán solicitar su celebración en cualquier estado del proceso.

“En segunda instancia la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes antes que se profiera el fallo».

Por su parte, el artículo 105 reza:

«Efectos de la conciliación administrativa. Lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o exservidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquélla repita total o parcialmente contra éste.

«La conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél».

B. ¿EXISTE OBLIGACIÓN –O PRÁCTICA– DE INTENTO DE ARREGLO AMIGABLE DE LOS CONFLICTOS EN LOS HOSPITALES –“OMBUDSMAN” O DE OTRA NATURALEZA–?

NO EXISTE ni obligación ni práctica de arreglo amigable en los hospitales.

C. ¿LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA SON DEL RESORTE DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS O EXISTEN A ESTE RESPECTO JURISDICCIONES ESPECIALES?

LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD médica, tanto penales como civiles, o de reparación directa, son del conocimiento y fallo de la justicia ordinaria en su correspondiente jurisdicción. No hay tribunales especiales, ni jurisdicción especializada.

Existe sí el tribunal de ética médica, nacional, con sus seccionales, que cumplen una función pública sin que sus integrantes sean funcionarios públicos. Conoce el proceso disciplinario ético profesional y las sanciones que aplica son amonestación privada o censura escrita o verbal, y suspensión (Ley 23 del 18 de febrero de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica).