

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EN NUESTRA  
LEGISLACION COLOMBIANA**

**GELISBETH HARLY CABARCAS BELTRAN**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al Título de ABOGADO**

**Director: Dr. PLUTARCO QUIROZ VEGA**

**CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2002**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EN NUESTRA  
LEGISLACION COLOMBIANA**

**GELISBETH HARLY CABARCAS BELTRAN**

**CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2002**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

**Presidente del Jurado**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

**Barranquilla, Julio del 2002**

## DEDICATORIA

A mis padres **MONCALIANO CABARCAS GIL** y **CANDELARIA BELTRAN CALVO**, quienes con su esfuerzo y dedicación aportaron a mi vida grandes valores que hoy recogen con el triunfo de la culminación de mi andar académico.

A mis hermanos, **SUSELE, YINA, DAVID**, siempre conmigo.

A mi sobrino **SEBASTIAN**, quien con su ternura y cariño me enseñó el verdadero significado de la vida, a él también dedico éste trabajo de investigación.

A mi abuela y tios **PETRA, ENRIQUETA, ISABEL, ROQUELINA** y **MARGOTH BELTRAN**, siempre me apoyaron y me colaboraron, sus voces de aliento fueron alicientes para lograr mi meta.

A una persona muy especial **RICARDO MUÑOZ P.**, una persona maravillosa que siempre está dando lo mejor de él para hacer felices a los demás.

## AGRADECIMIENTOS

A mi asesor de investigación **Dr. PLUTARCO QUIROZ VEGA**, sus innumerables conocimientos dieron a este trabajo un toque investigativo y analítico. Gracias por guiarme, enseñarme, entregarme todas las horas sacrificando su trabajo por la grata ayuda que en este día reconozco y celebro.

A todas las personas que de una u otra forma me colaboraron en la realización de este trabajo de investigación y por aquellas que siempre creyeron en mí, hoy les regalo mi triunfo universitario.

## CONTENIDO

	Pag.
<b>INTRODUCCION</b>	<b>9</b>
<b>1. LA RESPONSABILIDAD LEGAL DEL MEDICO</b>	<b>12</b>
1.1. LA RESPONSABILIDAD ETICO-DISCIPLINARIA	14
1.1.1. Características	17
1.1.2. Las normas de ética médica	18
1.1.3. El proceso disciplinario ético-profesional	22
1.1.4. La responsabilidad penal	26
1.1.5. El proceso penal y su relación con los demás procesos	27
1.1.6. Características	28
1.1.7. Delitos aplicables	30
1.2. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	32
1.2.1. Contratos de servicios médicos	36
1.2.1.1. Elementos del contrato	38
1.2.1.2. Deberes de los contratantes	40
1.2.1.3. Formalidades, historias clínicas y naturaleza jurídica	52
1.2.2. Responsabilidad contractual y extracontractual del médico	56
1.2.2.1. La conducta	61
1.2.2.2. El daño	65
1.2.2.3. El nexo de la causalidad	70
1.2.3. Responsabilidad por el trabajo en equipo	73
1.2.3.1. Integración del equipo	74
1.2.3.2. Responsabilidad individual y compartida	77
1.2.3.3. Responsabilidad colectiva	81
<b>2. CONTENIDO DE LA OBLIGACION ASUMIDA POR EL MEDICO EN EJERCICIO DE SU PROFESION</b>	<b>84</b>
2.1. CONCEPTUALIZACION	84
2.2. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO	87
<b>VI</b>	
2.3. CARACTERISTICA PARTICULARES	95
2.3.1. Conducta científica	95

2.3.2. Ambito contractual y extracontractual	96
2.3.2.1. Técnicas usuales	101
2.3.2.2. Aplicación profesional científico-técnica a la dolencia del ser humano	106
2.3.2.3. Especialidad científica. Asistencia médica responsabilidad de médico	107
2.3.2.4. Discrecionalidad científica	108
2.3.2.5. Corolario de la función asistencial del médico	110
<b>3. RESPONSABILIDAD MEDICA EN E NUEVO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD</b>	<b>111</b>
3.1. ARGUMENTACION JURIDICA	111
3.2. CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	114
3.3. DERECHOS Y DEBERES DE LOS AFILIADOS	119
3.4. ORGANISMOS OPERANTES DEL SISTEMA DE SALUD	123
3.5. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO SISTEMA DE SALUD	126
<b>4. LA HISTORIA CLINICA DESDE LA PERSPECTIVA MEDICA Y JURIDICA</b>	<b>131</b>
4.1. SIGNIFICACION E IMPORTANCIA JURIDICA	131
4.2. NATURALEZA JURIDICA DE LA HISTORIA CLINICA Y SUS EFECTOS PROBATORIOS	131
4.3. NOCIONES GENERALES	132
4.4. HISTORIA CLINICA DE ESTABLECIMIENTOS HOSPITALARIOS PUBLICOS NACIONALES, PROVINCIALES O MUNICIPALES	138
4.5. ACTO DE REGISTRACION	141
4.6. CONSOLIDACION DEL ACTO REGISTRADO	144
4.7. HISTORIA CLINICA DE ESTABLECIMIENTOS SANATORIALES PRIVADOS	146
<b>5. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS MEDICO-ASISTENCIALES BAJO LA OPTICA DE LA PERSONALIZACION</b>	<b>149</b>
5.1. CONCEPCION ETICA DE LA RELACION MEDICO-PACIENTE	149

5.2. OBLIGACIONES EMERGENTE PARA LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA	151
5.2.1. El deber de informar	152
5.3. PROYECTO DE UNIFICACION DE LEGISLATURA CIVIL Y COMERCIAL	154
5.4. EL CONTENIDO DE LA INFORMACION	155
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>157</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>159</b>

## INTRODUCCION

En la primera parte de este estudio nos referimos a las diversas maneras como se puede tipificar la conducta indebida del profesional de la medicina, destacando de manera especial la responsabilidad civil del médico, tanto contractual como extracontractual, así como desde el punto de vista individual y del trabajo en equipo.

Igualmente desarrollé la responsabilidad penal y disciplinaria y otros puntos tales como la responsabilidad de las clínicas y de otras actividades y profesiones vinculadas con la medicina.

Me propongo analizar la naturaleza de la obligación que asume el médico al prestar su labor profesional, aspecto que es de gran importancia dentro de la responsabilidad del médico, porque a partir de allí se derivan diferentes consecuencias jurídicas con relación a su incumplimiento, la carga probatoria, las formas de exoneración, etc.

En el medio jurídico colombiano hay un gran desconocimiento de la responsabilidad civil médica, y lo único que se menciona aisladamente es que la obligación de este profesional se encuadra, igual que la del abogado, en las llamadas obligaciones de prudencia o de medio.

Los procesos que se han ventilado sobre este tipo de responsabilidad, a pesar de haber aumentado paulatinamente en los últimos años, han sido relativamente escasos en toda la historia jurisprudencial del país, comparados con los demás conflictos que han dado lugar a trámites judiciales.

La explicación que puede darse a la poca realización de juicios contra los médicos, podría ser la creencia generalizada sobre la no-responsabilidad de estos profesionales, fundamentada en la misión de servicio que cumplen o en la supuesta idoneidad que otorga el título que ostentan.

Sin embargo, en los últimos años las demandas por la prestación de servicios de salud se han incrementado notablemente, al tiempo que se han formulado nuevas teorías a nivel probatorio.

Tradicionalmente se ha dicho entonces que la obligación del médico es de medio y por ello para imputarle responsabilidad a este profesional, es requisito fundamental demostrar en el proceso su culpa.

Considero que no siempre es necesario demostrar la culpa del médico para comprometer su responsabilidad, ya sea porque el daño no tenga relación con la intervención en sí, ya sea porque la obligación es de resultado y basta demostrar su no obtención, o ya sea porque busca probarse la falla de la administración estatal en la prestación del servicio.

Se titula uno de los capítulos “Hacia la responsabilidad legal del médico”, por considerar que da un cambio a partir de la culpa en la solución de muchos conflictos que pueden presentarse en este campo, sobre todo con la aplicación de la obligación de resultado en algunos eventos, la imputación de la responsabilidad estatal en otros, y la obligación procesal del médico de ayudar a establecer los hechos.

Así las cosas, analizaré primero la teoría tradicional de la culpa, para luego referirnos a los eventos en que ésta no es aplicable por la naturaleza de la prestación (la obligación de resultados es la actividad médica) o por el sujeto indemnizador (responsabilidad del Estado por la falla del servicio).

## 1. LA RESPONSABILIDAD LEGAL DEL MEDICO

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

Cuando se vive en sociedad se poseen derechos que facultan a sus titulares para realizar u omitir acciones lícitamente, pero de igual manera se adquiere ciertas obligaciones que deben cumplirse.

Cuando un integrante del grupo social, abusando de un derecho o incumplimiento una obligación, atenta contra un derecho ajeno debe asumir la correspondiente responsabilidad por su acción y los efectos de esta. El Estado como ente regulador de las conductas establece un conjunto de normas que deben ser cumplidas por sus destinatarios y los organismos encargados de sancionar a sus infractores.

La máxima normal del Estado en la Constitución Nacional a la cual se deben adecuar todas las demás disposiciones ya sean leyes, decretos o resoluciones, etc., que integran el ordenamiento jurídico.

A partir de la Constitución se desarrolla y agrupan por materias unas series de normas, constituyendo las diferentes ramas del derecho (civil, penal, comercial, laboral, etc.) cada una de las cuales tiene sus propios principios, procesos, acciones y jueces.

Una misma conducta puede violar normas de una o varias de estas ramas y como consecuencia pueden hacerse varios juicios e imponerse más de una sanción, así como también haber fallos contrarios por tratarse de hábitos y valoración disímiles.

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

Por su parte, el Código Civil en el artículo 2341 señala que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido, consagrando así el principio general de la responsabilidad civil.

Tales normas son aplicables a cualquiera actividad cargo u oficio y también a las profesiones liberales, en virtud del principio de la igualdad de las personas ante la ley.

El médico en el ejercicio de su profesión está obligado, como los demás ciudadanos, a cumplir una serie de normas y obligaciones, y su conducta puede llegar a generar responsabilidades de tipo civil que desarrollaremos posteriormente, y también de índole penal o ético- disciplinaria que trataremos a continuación.

## **1.1 LA RESPONSABILIDAD ETICO – DISCIPLINARIA**

La noble y benéfica profesión de la medicina encuentra su primera directriz histórica en el juramento Hipocrático, el cual consagró los principios fundamentados del ejercicio ético de esta disciplina científica.

Posteriormente los pensadores y exponentes de la bioética formularon reglas y teorías sobre un sinnúmero de aspectos relacionados con esta rama del saber.

Finalmente, los organismos internacionales y los Estados dictaron sus códigos de ética médica, consagrando internamente los principios del recto ejercicio de la profesión médica.

En nuestro país las normas vigentes sobre ética médica comprendidas en la ley 23 de 1981 y en su decreto reglamentario 3380 del mismo año, disposiciones de obligatorio cumplimiento para quienes ejercen esta profesión, “la ética entonces, deja de ser una pura filosofía y se plasma en unos cuerpos normativos completos que no están señalados de manera específicas como debe ser el comportamiento del profesional de la medicina o del profesional de la odontología para que se pueda sostener que el mismo ha estado ajustado a la ética”.

La ética no es exclusivamente de la medicina sino de todas las actividades humanas y tiene estrecha relación con la moral, ya que “desde que el hombre se agrupó en sociedades tuvo la necesidad de desarrollar una serie de reglas que le permitieran regular su conducta frente a los miembros de la comunidad. De manera que la moral es una constante de la vida humana. Los hombres no pueden vivir sin normas ni valores”.

La ética médica pasa de ser una responsabilidad moral a una jurídica, al ser la conducta examinada por un Tribunal del Estado mediante un procedimiento legal y con sanciones que producen efectos externos.

La regulación legal del ejercicio de la medicina se justifica en el aseguramiento de su correcto desempeño y en la ilustración al profesional de lo que puede y debe hacer, por ello “para los que ejercen la profesión médica, el que exista un instrumento que le señale con claridad cuáles son sus deberes y sus derechos, es contar con una invaluable guía admonitoria. Si se atiende diligentemente lo allí establecido, por el médico puede tener la seguridad de que actuar está ajustado a la ética y a la deontología y, por lo tanto, se haya amparado por el manto a la ley. En otras palabras, si el médico ha adquirido plena conciencia de su papel frente a su enfermo y a su comunidad, la responsabilidad jurídica no deberá inquietarlo”.

Despierta, sin embargo, la responsabilidad médica un gran interés por comprometer los valores de la vida y la integridad personal que tiene una especial consideración por el Estado y la sociedad, “indudablemente el distinto valor o sentido atribuidos a la vida humana condicionan el modo de tratarla; esto se verifica no solo en el campo de la biología o de la medicina o de cualquier terreno. Si se puede demostrar que la vida humana tiene un valor y una dignidad superiores y exclusivos habremos encontrado el fundamento para exigir éticamente se tenga hacia ella un sumo respeto”.

### **1.1.1. Características**

La responsabilidad ética – disciplinaria se aplica exclusivamente a quienes tienen títulos de médicos, no pudiendo por tanto imputarse a estudiantes de medicina, enfermeras o personas jurídicas como clínicas o sociedades.

Es una responsabilidad personal e intransmisible ya que solo se puede juzgarse al galeno por sus propios actos y no puede extenderse a sus herederos.

No es susceptible de sentimiento, transacción ni conciliación por el carácter inajenable e indisponible que tienen sus contenidos éticos.

El juzgador es el Tribunal de Ético Medicina integrado por pares, es decir por personas de la misma profesión lo que facilita el entendimiento de la conducta a examinar.

La sanción es de carácter disciplinario y surge de la violación de algunas de las normas de la Ley 23 de 1981 o de su reglamento, sin consideraciones a los antecedentes o a la personalidad del infractor, ya que se trata de un derecho de acto y no de autor.

Los principios éticos en que se funda la profesión médica concuerda con la ley civil porque tienen los mismos fines, resultando que “en la mayoría de los casos la ética y la ley civil coinciden en las normas. Esto es explicable si tenemos en cuenta que ambas buscan igual fin y propósito. La ética y la ley civil pretenden normalizar las acciones del ser humano para su bien y el de la sociedad. Cuando la ley civil, por ejemplo, ordena no matar, esta incorcondancia con el principio de la ética natural, el cual prohíbe hacer daños a otros”.

### **1.1.2. Las normas de ética médica**

Como lo señalábamos con anterioridad la ética médica en Colombia está contenida en una ley, por lo que su contravención no conlleva una simple responsabilidad moral, aunque de todas maneras ésta se presenta, sino una responsabilidad jurídica denominada ético – disciplinaria.

La ley 23 de 1981 se inicia con una declaración de principios que se constituyen en su fundamento esencial, entre los cuales consideramos de gran importancia el primero, según el cual la medicina es una profesión que tiene como fin de cuidar la salud del hombre, propender por la prevención de las enfermedades, perfeccionar la especie

humana y mejorar los patrones de vida de la colectividad sin ningún distingo, conforme a su esencia espiritual del respeto a la vida y los fueros de la persona humana.

No podemos dejar de lado el principio de que la relación médico – paciente es el elemento primordial en la práctica médica y debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico que impone la más estricta reserva profesional.

Finalmente, aunque todos los demás principios son básicos, los dos últimos consagran el carácter espiritual de la profesión médica al establecer que el galeno debe ajustar su conducta a los preceptos de la moral universal y su actividad está impregnada de implicaciones humanísticas.

El título II de dicha ley regula lo referente a la práctica profesional, específicamente en lo que tiene que ver con las relaciones del médico con el paciente, sus colegas, las instituciones, la sociedad y el Estado y otros aspectos de gran importancia.

La relación médico paciente es el eje esencial en el ejercicio médico, tanto en el aspecto asistencial como la intercomunicación y el apoyo, resultando demostrado por la experiencia que la mayoría de las demandas se presentan por una inadecuada relación entre el médico y el paciente o sus familiares.

Entre los puntos básicos de dicha relación podemos citar el tiempo necesario que se debe dedicar al paciente, la actitud de apoyo, la obtención del consentimiento informado y el empleo de medios diagnósticos y terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas.

Las relaciones del médico con sus colegas que deben fundamentarse en la lealtad y consideraciones mutuas, no impiden que se rinda un testimonio o un peritazgo en un contra de algún colega, ya que según la ley 23 el médico es auxiliar de la justicia y deben cumplir su deber en la búsqueda de la verdad.

El secreto profesional que según el artículo 74 de la Constitución Nacional es inviolable, se entiende en el ámbito médico por aquellos que no es ético o lícito revelar sin justa causa, estando obligado el profesional a guardar todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido.

El fundamento del secreto profesional es el derecho a la intimidad del paciente y por ello “Toda revelación injustificada, hecha en forma directa o indirecta de lo confiado al médico en el ejercicio de su misión y en razón de la misma, constituye una franca violación al secreto debido y reprobado por los principios éticos, aunque en la

intención de quien lo viola no exista el deseo de perjudicar al paciente. La forma indirecta se lleva a cabo cuando se propalan detalles que permiten señalar a la persona del paciente o cuando por desidia no se preserven de curiosos los datos confiados.

El médico es el principal encargado de guardar el secreto profesional, y solo lo puede revelar al paciente, sus responsables o a las autoridades judiciales o de higiene en los casos previstos en el artículo 38 de la Ley Etica Médica.

Le está vedado al profesional de la medicina que labora en una institución percibir honorarios de los pacientes que allí atiende o inducirlos a utilizar sus servicios privados.

De igual manera, debe el profesional obtener su registro médico y cumplir con los requisitos que exija el Estado colombiano para poder ejercer la profesión en el territorio nacional, en lo que tiene que ver con la publicidad, el anuncio profesional solo puede contener el nombre, la especialidad, la universidad, el registro y la dirección y el teléfono de consultorio y domicilio; la mención de títulos o cargos solo pueden hacerse en publicaciones científicas, lo mismo que en la difusión de trabajos médicos, siendo auténtica la divulgación directa y anticipada por otros medios de información.

Debemos concluir finalmente que cualquier violación de la ley 23 de 1981 o de su decreto reglamentario 3380, origina la correspondiente responsabilidad ética – disciplinaria sin importar de que se haya cometido un delito o se haya causado indemnizable, ya que las conductas descritas en las normas de ética médica son autónomas.

### **1.1.3. El Proceso disciplinario ético – profesional**

La Administración de Justicia ético – disciplinaria en el ámbito médico se ejerce en Colombia por los tribunales seccionales de ética médica que funcionan casi en todos los departamentos y la segunda instancia es competencia del Tribunal Nacional de Etica Médica, con sede en la capital de la República.

Los tribunales de ética están formados por médicos que poseen la condición de magistrados, los cuales investigan y evalúan las conductas denunciadas, y si es procedente imponen la respectiva sanción luego del correspondiente proceso ético – disciplinario.

El proceso puede ser instaurado por el paciente, sus familiares, por una entidad pública o privada por cualquier particular, e incluso puede adelantarse de manera unilateral y oficiosa por el mismo Tribunal.

Cuando se abre el proceso se designa a un magistrado para que realice la etapa de investigación quien debe practicar todas las pruebas necesarias y conducentes para el esclarecimiento de los hechos y presentar luego un informe de conclusiones ante la sala plena del Tribunal para ser discutido pudiendo ésta solicitar su ampliación.

Una vez se ha estudiado y evaluado el informe de conclusiones el Tribunal en pleno por medio de una providencia puede declarar o no que existe mérito para formular cargos por la violación de la ética médica en contra del profesional investigado, acogiendo o no las conclusiones del magistrado instructor.

En caso de que se formulen cargos se le harán saber al médico por escrito y se fija una audiencia de descargo, luego de practicada la cual se dicta la respectiva sentencia que, en caso de ser condenatoria podrá imponer sus sanciones una amonestación privada, una censura o la suspensión en el ejercicio de la profesión de conformidad con lo normado en la Ley de Etica.

Es de anotar que según el artículo 82 de la Ley 23 y el 47 del decreto 3380, en lo no provisto en las normas de ético médicas se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, por lo que muchos de los principios procesales y penales tienen validez en el juicio ético profesional.

Cabe destacar entre ellos el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, etc. Y de la misma forma otras figuras jurídicas como la parte civil y el tercero incidental serían inaplicable por resultar extrañas al juzgamiento disciplinario.

El proceso disciplinario ético – profesional debe guiarse por los principios del debido proceso ya que “ciertamente la expedición de un Código de ética profesional que consagra los principios que han de ser respetado y las conductas objetos de sanción implica una regulación directa de los derechos consagrados en los artículos 25 y 26 de la carta si esto es así dos garantías deben ser respetadas so pena de vulnerar la Constitución; la garantía formal que se refiere el necesario rango general de las normas que se contemplan las conductas tipificadas y las sanciones establecidas y de otra parte la garantía material que consiste en el respeto a los principios del debido proceso, fundamentalmente en cuanto se refiere a la predeterminación públicas de las conductas y sanciones, así como la autoridad competente para imponer las sanciones

y el respeto a los principios de la presunción de inocencia, favorabilidad y exclusión de analogía”.

Por último, es importante anotar que la prescripción de la acción ético – disciplinaria por faltas a la ética médica es de cinco años por aplicación del artículo 80 del Código Penal según su jurisprudencia del tribunal Nacional de Etica Medica.

#### **1.1.4. La responsabilidad penal**

El derecho penal ha sido durante toda la historia herramienta fundamental que representan punitivo del Estado.

Por medio de él se han prohibido bajo amenaza de penas las conductas que más escozor y zozobras causan en la sociedad y que afectan los bienes jurídicos que deben ser protegidos de mayor interés.

El Código Penal consagra una serie de comportamientos denominados delitos que, en caso de ser cometidos por algún individuo, lo hacen merecedor de penas, generalmente privativas de la libertad.

Las normas penales son igualmente aplicables a cualquier profesional de la salud usando su conducta adecue a unos de los tipos descrito en la ley, por lo que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “la profesión médica cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones delictiva y culposa pueda dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquellas configure una conducta tipificada por la ley penal o que decir circunscrita a la responsabilidad civil, en consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda a sus pacientes con el fin de procurar su curación o mejoría, así que cuando por negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud, Desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena e indemnizar a la víctima del daño causado sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar”.

#### **1.1.5. El proceso penal y su relación con los demás procesos**

Los tres tipos de procesos, a saber, el civil el penal y el ético – disciplinario, son totalmente independiente y sus sentencias no necesariamente deben coincidir por tratarse de valoraciones, normas y causas distintas.

Sin embargo, dichos procesos tienen relación entre sí, por el traslado de pruebas que puedan presentarse, así como por la ilustración que puede brindar un fallador a otro. En un aspecto procedimental si alguien pretende la indemnización de perjuicios que le ha ocasionado puede demandar civilmente de manera directa o constituirse parte civil en el proceso penal.

Por otra parte, si en concepto del Tribunal de Ética el contenido de la denuncia, permite establecer violación de normas penales, civiles o administrativas de las autoridades competentes.

No puede ni el juez civil ni el Tribunal de Ética imponer penas de prisión, ni tampoco este último condenar a la indemnización de perjuicios, mientras que el juez penal puede, además de condenar a prisión, prohibir asesoriamente el ejercicio de la profesión y obligar al pago de la correspondiente indemnización.

#### **1.1.6. Características**

Las normas penales son de orden público y tienen un carácter prohibitivo, aflictivo y punitivo.

La presunción de inocencia consagrada constitucionalmente en el artículo 29 de la carta fundamental hasta tanto la persona sea declarada judicialmente culpable, tiene su clara aplicación en el campo penal.

La responsabilidad penal es personal, intransmisible y surge por el hecho o acto, “No se trata, pues, aquí al hablar de responsabilidad, de la cualidad metafísica del ser humano, sino de una situación jurídica en que la persona es colocada, por ministerio de la ley, mediante la sentencia judicial condenatoria que es la que impone en forma determinada y específica, el total de las cargas que el convicto ha de fomentar por su hecho a que queda coactivamente sometido por él. La responsabilidad penal no solo es, del modo más estricto posible, individual, sino que se caracteriza como responsabilidad por el hecho”, y no, por ejemplo, “por el ser”. En este contexto, “hecho” es lo que el sujeto hizo, el hacer mismo tanto sus frutos o consecuencias.

Esta responsabilidad solo se puede imputar por hechos expresamente previstos como punibles por la ley penal vigente al tiempo en que se cometieron, ya que según Peláez Vargas: “Por la garantía de la libertad y demás derechos se hace la exigencia de que la ley sea previa para que pueda ser conocida y acatada por el destinatario de la misma, para que las personas sepan que, es lo que pueden realizar sin peligro de incurrir en penas. Se desenvuelven así, y de manera sencilla el principio de la plenitud hermética en derecho penal pues basta saber qué es lo que ha sido prohibido

bajo amenaza de pena para saber que las demás acciones no pueden acarrear consecuencias penales, y por tanto el juez no puede deducir responsabilidad sino por las conductas expresamente tasadas en la ley penal”.

Para que una conducta sea punible debe estar definida inequívocamente, lesionar o poner en peligro el interés jurídico tutelado y realizarse con dolo, culpa o preterintención, o sea, cuando se conoce el hecho punible y se quiere su realización cuando hay falta de previsión del resultado, confianza en evitarlo o cuando éste excede la intención.

Otra característica que es esencialmente subjetiva y culpabilista, “de manera de que la responsabilidad, el sometimiento del agente al cumplimiento de las consecuencias del delito únicamente puede manar de la existencia del culpabilidad; es decir, solo porque la conducta del sujeto es objeto de un reproche que traduce para él un demérito, resulta de justicia la disminución del derecho que conlleva la pena”.

### **1.1.7. Delitos aplicables**

El Código Penal consagra en su segunda parte de los delitos en particular, ubicándolos según el bien jurídico protegido y describiéndolos con sus elementos particulares.

La sociedad pretende que el interés jurídico se proteja mediante el derecho, “Puede decirse entonces, que los bienes jurídicos son valores, intereses y expectativas fundamentales de la vida social (del individuo, la comunidad o el estado), sin las cuales ésta es imposible, precaria o indigna, y que por esto reflejan la necesidad estricta de la tutela jurídico penal”.

La medicina que tiene como principio ético el cuidado de la salud del hombre y el respeto por la vida, pierde un determinado lesionar o poner en peligro injustificadamente el bien jurídico de la vida y la integridad personal, por medio de la realización de los delitos previstos en la ley penal.

Dentro de los delitos en los que puede incurrir un médico se encuentra el homicidio, no tanto en su modalidad de intencional o preterintencional, como si en su hipótesis

culposa, la cual puede surgir cuando el paciente muere durante un acto médico debido a imprudencia, negligencia, impericia o violación de reglamentos.

Cabe anotar también que cuando el médico mata a su paciente, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de la lesión corporal o enfermedad grave e incurable, lo induce eficazmente al suicidio o le presta una ayuda efectiva para su realización, estaría incurriendo en el delito.

Otro delito aplicable sería el de las lesiones personales que son de diferentes clases a saber, deformidad, perturbación funcional de un órgano o un miembro.

Por otra parte, el aborto es un delito previsto por la ley penal, por tanto, para la mujer como para la persona que se le acuse, además de que se pueden producir otros tipos de lesiones.

Sería también posible eventualmente el delito de falsedad en documentos, en los casos en que el médico e incluso el paciente, borren, cambien, destruyan u oculten una determinada historia clínica.

Debemos mencionar finalmente que el derecho debe desarrollarse acorde con los nuevos procedimientos médicos, regulándolos de acuerdo a los intereses jurídicos,

por lo que se debe auxiliarse de aquellos que tienen especiales conocimientos para poder hacer una legislación acorde con la ciencia y la práctica.

## **1.2 ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual, consistiendo en la primera obligación de indemnizar que adquiere aquel que ocasiona perjuicio a otros, debido al incumplimiento de un contrato o un convenio, o a su cumplimiento defectuoso o tardío y, la segunda en el deber de asumir las consecuencias económicas de una conducta nociva sin que medie entre los sujetos relación jurídica previa.

Con relación a esto y referido a la actividad médica la corte suprema de justicia (1985), señala:

Ahora bien, cuando de responsabilidad civil se trata por ejercicio profesional de médico ella puede ser contractual. Cuando se origina el cumplimiento de un contrato o extracontractual si nace de un hecho que perjudica a otro sin que exista un vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien lo sufra debiéndose en ambas situaciones

responder por la conducta irregular, igual que en todos los campos de la actividad humana.

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

La ley 23/81 por la cual se dicta normas en materias de éticas médicas, señala en su artículo 5º que la relación médico – paciente se cumple por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, por acción unilateral del médico en caso de emergencia por solicitud de terceras personas o por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

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

Ante estas diversas hipótesis, si llegare a producirse un daño en la salud del paciente, la responsabilidad será contractual, e inclusive puede comprometerse a la responsabilidad del estado en virtud de la falla del servicio.

Antes de entrar esta forma de responsabilidad, conviene delimitar dos conceptos, cuales son iatrogénica y mal praxis, que suelen confundirse pero que son coincidentes totalmente. “Iatrogenia es la acción adversa o perjudicial que resulta directa o indirectamente de la actividad terapéutica como diagnóstica del equipo de salud. Esta definición abarca desde las reacciones secundarias que producen las sustancias o equipos que empleamos en medicina hasta los errores de acción u omisión”.

Por otra parte, puede entenderse por “mal praxis”, “mal practice” o “mala práctica”, la actuación imprudente o negligente del médico que ocasiona un daño en la salud del paciente y que incluye los errores médicos.

Alfredo Echeverry en un estudio sobre la responsabilidad médica indica que: “La obligación de indemnizar, propia de la responsabilidad civil en estas circunstancias es lo que se persigue mediante los juicios que se acostumbra denominar en los estados

unidos juicios de mal practice que, en castellano poco empleado, que equivale prácticamente a lo mismo”.

El término iatrogenia es más amplio por ende en que el de mala práctica, porque además de comprender los daños causados por errores médico, también abarca cualquier menoscabo que sufra el cuerpo humano por causa de un caso fortuito, un riesgo imprevisible o la misma enfermedad.

Volviendo al tema que nos ocupa que es del origen de la responsabilidad civil, debemos analizar inicialmente el vínculo obligacional que une al médico con el paciente (contratos de servicios médicos), para poder estudiar después la responsabilidad que surge cuando esta relación contractual se presente o no (responsabilidad contractual y extracontractual), posteriormente se tratará la acción del grupo médico (responsabilidad por el trabajo en equipo), los daños que pueden ocasionarse en otros campos vinculados en la salud (responsabilidad en actividades relacionadas con la medicina), y, finalmente, nos referimos a los establecimientos hospitalarios (responsabilidad de las clínicas y hospitales).

### **1.2.1. Contratos de servicios médicos**

El médico como cualquier otro profesional, establece continuamente vínculos jurídicos con las personas que solicitan sus servicios, mediante la celebración de contratos de servicios médicos cuyo incumplimiento susceptible de generar responsabilidad civil.

Es conveniente señalar que junto a este contrato puede coexistir otro “denominado contratos de servicios hospitalarios”, el cual se celebra con la clínica o el hospital y comprende prestaciones médicas, paramédicas, hoteleras, asistenciales, etc.

Con relación al contrato de servicios hospitalarios lo analizaremos posteriormente en el punto destinada a la responsabilidad de las clínicas y hospitales.

Las relaciones jurídicas pueden ser por ende diversas y, por esta razón, debe analizarse cada caso individualmente para determinar quién debe responder civilmente (médico, institución, o ambos conjunta o solidariamente), ante la causación de un determinado daño en la integridad del paciente que contrató los servicios.

Volviendo al contrato de servicios médicos dividiremos el plan en tres etapas, así:

- Elementos del contrato,
- Deberes de los contratantes, y

- Formalidades historias clínicas y naturalezas jurídicas.

Inicialmente debemos advertir que este contrato es atípico o sea que no existe en la legislación colombiana normas que la regulen expresa y totalmente, sino que cualquier convención que le son aplicable los principios que rigen las obligaciones y los contratos en general, y también las normas de ética médica.

#### **1.2.1.1. Elementos del contrato**

Las partes que concurren a su celebración son, por un lado, el profesional de la medicina y por otro la persona que solicita sus servicios, que bien puede denominarse paciente, aunque no sufra en realidad una enfermedad, ya que el motivo de sus visitas puede consistir simplemente en un chequeo periódico y rutinario.

En cuanto a la libertad contractual es preciso llamar la atención en el sentido de que el paciente es titular del derecho de a libre elección del médico, mientras que éste último, por lo menos en los casos de urgencia, no puede excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación del servicio, salvo por motivos especializados, entendiéndose por urgencia todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o

integridad de la persona y que requiera atención inmediata. (Ley 23/81 y decreto 3380/81).

Se presenta casos también en los cuales el paciente no puede emitir por si mismo su consentimiento, bien sea por la edad, por problemas mentales y muy frecuentemente por el estado de inconsciencia que acompañan generalmente a los accidentados; en casos, el consentimiento y la autorización dada al médico para prestar sus servicios le otorgarán sus representantes, familiares o allegados é, incluso el médico puede actuar unilateralmente cuando la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

En lo que al consentimiento del paciente se refiere, es oportuno señalar que comprenden muchos aspectos que le merecen especial importancia y en vista de ello lo analizaremos posteriormente con más profundidad y detalle.

El objeto del contrato o sea aquello a lo que profesional y paciente se han comprometido realizar consista para el primer en la obligación de prestar unos servicios de asistencia médica con base en los conocimientos y la experiencia poseídos, y por parte del segundo, en la cancelación de los honorarios convenidos de acuerdo al tratamiento o intervención quirúrgica realizada.

En cuanto a la causa que origina la relación jurídica médico – paciente, consiste para este último generalmente en la finalidad de obtener un buen estado de salud aliviar la enfermedad preexistente o practicarse un chequeo preventivo, y para el médico velar por la vida y la salud y conseguir además un provecho económico.

### **1.2.1.2. Deberes de los contratantes**

En lo que atañe a los derechos y obligaciones que surgen para las partes, podemos señalar que la obligación esencial del facultativo está constituido por la prestación del servicio médico, ya sea una operación o tratamiento, y la obligación especial del paciente será la de cancelar los honorarios al galeno como contraprestación de la labor ejecutada.

Estos son los deberes principales de ambas partes, pero existen otros de particular importancia y que caracterizan este singular contrato. El médico tiene deber de realizar su labor acorde con los conocimientos adquiridos, las técnicas existentes y las reglas consagradas por la práctica médica, igualmente adquiere el deber de información para con el paciente, la elaboración de la historia clínica, la expedición de certificados médicos y el cumplimiento del secreto profesional. Por su parte, el paciente le asiste un deber de cooperación para el médico y que se traduce

principalmente en brindarles los datos de interés que le son indagados en los interrogatorios, tales como los síntomas y signos que ha sentido y observado, así como también la obligación de cumplir las prescripciones y directrices que le traza el médico con el fin de realizar el tratamiento requerido para la curación o mejoría.

Los deberes del médico se ubican en tres etapas generales del acto médico, a saber, antes, durante y después del tratamiento o intervención.

La primera etapa comprende el análisis del paciente a través del interrogatorio que se le hace y de los exámenes que se le practican, y tiene como fin la determinación del estado de salud y la constatación de alguna enfermedad para llegar así a formular el respectivo diagnóstico. En aquellos pacientes en que se presenten cuadros complejos de síntomas y signos que hagan difícil el diagnóstico, se deben realizar más exámenes oportunamente para averiguar cuál es el mal que aqueja al enfermo.

En esta etapa suelen aparecer las reacciones inmunológicas o alérgicas a drogas, las cuales muestran un gran polimorfismo de síntomas y que abarcan prácticamente todos los tejidos y órganos de la economía. Pues bien, la responsabilidad médica puede nacer de la omisión de las diligencias necesarias para evitar la reacción inmunológica; como también, en momentos posteriores, por haber actuado con impericia en la neutralización de sus efectos.

Lo más aconsejable es entonces hacer las pruebas de sensibilidad más elementales con relación a las drogas de gran poder alérgico, para evitar posibles reacciones del organismo que puedan desencadenar complicaciones posteriores.

Según las normas de éticas médicas vigentes en Colombia, el médico debe dedicar a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de la salud e iniciar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente, y para ello empleará medios diagnósticos y terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas. Según el decreto 3380/81 estas instituciones científicas comprenden.

- a) Las facultades de medicina, legalmente reconocidas;
- b) Las academias y asociaciones médico – científicas reconocidas por la ley o por el Ministerio de salud;
- c) La Academia Nacional de Medicina y
- d) Las instituciones oficiales que cumplan funciones de investigación médica o de vigilancia y control en materia médico – científica.

Volviendo al diagnóstico, podemos indicar entonces que es un juicio fundamental que hace el médico luego de recopilar los datos referentes a los síntomas y signos y de interpretarlos, adecuándolos a una determinada patología señalada por la ciencia.

Desde el punto de vista técnico, el diagnóstico consiste en identificar y designar la afección que sufre un paciente, convirtiéndose, sin duda, en el elemento determinante del acto, médico, ya que del mismo dependen el correspondiente tratamiento y terapéutica; desde el punto de vista jurídico el diagnóstico no es el elemento más completo para configurar todas las consecuencias que del mismo se derivan en orden a la exigencia de una posible responsabilidad.

La posibilidad de que el médico incurra en un error al emitir un diagnóstico se explica en la medida en que algunas enfermedades presentan síntomas similares que pueden dar lugar a confusión, en estos casos deberá tenerse en cuenta si el error era vencible o invencible porque bien no pudo el médico realizar exámenes complementarios, consultar con otros facultativos e incluso remitir el caso a un especialista con el fin de determinar la afección con más exactitud, restringiendo y eliminando la posibilidad de error.

Por regla general el error del diagnóstico no genera responsabilidad por no ser la medicina una ciencia exacta, salvo que sea una apreciación grave e inadmisibles, por

lo que dicho error “para poderlo considerar como factor imputable al médico, debe obedecer a una apreciación grasera, negligencia o impericia en la averiguación de las causas motivadoras de la enfermedad; descarta esta circunstancia, el simple error de diagnóstico tratamiento resarsitoria, porque en una rama del saber donde predomina la materia opinable, resulta difícil fijar contornos para limitar qué es lo correcto y qué no lo es”.

Carlos María Romeo Casabona señala en su obra “El médico ante el derecho”, que la responsabilidad en el diagnóstico puede originarse en varias situaciones:

- a) Cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico;
- b) Cuando se establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado el paciente;
- c) Si la emisión del diagnóstico no se ha servido, siendo ello posible, de todos los instrumentos y aparatos que suelen ser utilizados en la práctica profesional.

Cuando no toma en consideración, al formular el diagnóstico las eventualidades más remotas, pero que pueden ocurrir y son tenidas en cuenta tanto en el plano científico como en el experimental. Pero también podrá derivarse responsabilidad, cuando habiendo practicado todas las exploraciones y análisis precisos resultados de los

mismos no son tenidos en cuenta o no son suficientemente valorados en el momento de la emisión del diagnóstico.

Hay un punto que es fundamental y se refiere a la capacidad individual del profesional de la medicina, la cual pretende de varios factores, tales como la calidad de ser médico general o especialista, el complemento de sus conocimientos a través de cursos, estudios, congresos, lecturas de obras, etc. Así como también la experiencia profesional que se mide por el número de operaciones que haya realizado con relación a una misma enfermedad, circunstancia que servirán de base en un momento dado para exigirle una mayor eficacia en su accionar médico, quirúrgico, terapéutico.

Si el médico percibe que no está capacitado para realizar el tratamiento o la intervención, debe remitir al enfermo a un especialista o asesorarse de una junta médica con el fin de asegurar la mejor atención y la mayor eficacia en el accionar médico. “Quién no tiene las condiciones necesarias para emprender la acción planeada, debe omitirla. Por esta razón, el médico antes de aceptar un determinado cargo, analizará su propia capacidad, con el fin de evaluar si está en condiciones técnicas y físicas para asumir el tratamiento de un paciente”.

Así las cosas, el médico que no tenga capacidad profesional para realizar un tratamiento o una operación, debe remitir al paciente a otro médico que tenga mayor capacidad y experiencia, y si no lo hace, esta omisión debe considerarse como una conducta negligente en caso de presentarse un determinado daño en la salud del paciente. “La decisión de un médico de asumir una tarea de asistencia u operación al paciente sin consultar un especialista cuando ello, por cierto, era razonablemente justificado, importa un proceder culposo”.

Otra posibilidad que tiene el galeno es consultar el caso con otros profesionales de la medicina antes de proceder la iniciación del tratamiento, posibilidad que no debe omitir so pena de incurrir en negligencia médica; y, se presenta cuando la evolución de la enfermedad lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en junta médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia. Los integrantes de la junta médica serán escogidos de común acuerdo, por los responsables del enfermo médico tratante y se entiende por junta médica la interconsulta y la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales, teniendo en cuenta las condiciones clínico – patológicas del paciente”.

La función de la junta médica es entonces interpretar la enfermedad y emitir el correspondiente diagnóstico con mayor efectividad y sapiencia, eliminando al máximo los efectos nocivos que puedan afectar la integridad del enfermo.

El médico también tiene deberes durante el tratamiento, el cual consiste en “El conjunto de actuaciones médicas destinadas a la curación del paciente, a la protección de su salud o a aliviar las consecuencias de una enfermedad”.

Cabe señalar que la actuación del galeno es amplia y puede comprender actos dirigidos a recobrar o mantener la salud para el enfermo, pudiéndose referir no necesariamente a una enfermedad sino a una deformidad, alteración o anormalidad, que se desee solucionar; por otra parte, si la condición del paciente no se puede mejorar, debe procurarse entonces porque ésta no se agrave y si la enfermedad es incurable debe propenderse por ayudarle al paciente a continuar el proceso de la manera más llevadera posible, procurando aliviar su sufrimiento.

Las acciones médicas pueden consistir en reposo, alimentación especial, ejercicios físicos, psicoanálisis, prescripción de drogas, sometimientos a radiaciones, examen de laboratorio, aplicación de aparatos, cirugías, etc., y en general una gran diversidad de actuaciones que dependen de la dolencia que aqueje a la persona.

También la función curativa puede consistir en la extracción de una parte de un órgano deteriorado del cuerpo con el fin de evitar que se extienda el mal a las zonas

aledañas, o el trasplante total en caso de que se requiera, o la ubicación de una prótesis y, en fin, cualquier labor que médicamente se realice y que tenga por objeto la salud del paciente.

En este punto es importante advertir que una misma enfermedad puede ser tratada de diferentes maneras y con distintas técnicas, por ello corresponde al médico elegir el tratamiento que más se adecue al enfermo, según los síntomas y signos que observe y según otros factores tales como la edad, las características físicas y las condiciones clínica que el paciente presenta. Cabe señalar que el médico tiene cierta libertad para escoger un camino u otro con el fin de seguir el más adecuado y preferible para lograr el éxito en su intervención; sin embargo debe hacerlo empleando los medios terapéuticos debidamente aceptado por las instituciones científicas legalmente reconocida, y, si en circunstancia excepcionales y graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste sólo podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica. “El facultativo no puede arriesgar un tratamiento susceptible de causar un gravísimo daño al enfermo (y menos aún sin autorización suficiente), y que el médico responderá por el empleo de un método inadecuado si media en error grave e inexcusable”.

Volviendo al tratamiento éste debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la regla del arte y de la ciencia médica y actuando en todo momento con suma diligencia y cuidado, buscando evitar cualquier complicación adicional y procurando de volverle la salud al paciente.

Finalmente, el médico asume otros deberes después de la intervención que se sitúan en la etapa postoperatoria y que varía según el tipo de tratamiento u operación realizada.

En general, puede afirmarse que el médico asume la obligación de vigilar la recuperación del paciente luego de la operación y durante el tiempo que según la naturaleza de las cosas se requiera, debe entonces hacer revisiones periódicas y citar al paciente a consulta con el fin de constatar el éxito del tratamiento, como también ordenar los exámenes que se necesiten para cerciorarse de la mejora o curación.

Con relación al paciente sometido a cirugía, se habla del manejo postoperatorio el cual comprende una serie de pasos como curación de un proceso de razonamiento y de acciones de cuyas adecuadas realizaciones depende que un diagnóstico acertado y un procedimiento quirúrgico indicado tenga éxito o fracaso”.

El paciente recién operado necesita cuidados especiales con el fin de que no se le originen complicaciones en otros sistemas u órganos ni le surjan daños.

Se denominan cuidados postoperatorios inmediatos, las acciones que deben realizarse en el momento de las siguientes a las cirugías los cuales se llevan a cabo en el quirófano mismo, en la sala general de hospitalización o en la unidad de cuidados intensivos, según el estado del paciente y dependiendo de cada acto médico u operación.

Con estas acciones se busca el restablecimiento espontáneo de las funciones vitales y el soporte de las mismas, la suplencia de necesidades o déficit patológicas y la prevención, de tensión y tratamiento precoces de las complicaciones inmediatas y tardías relacionados con el acto anestésico, con la patología estado particular del paciente y con procedimiento practicado.

Con relación a los cuidados en el quirófano cabe señalar que el cirujano no debe ausentarse de las salas de operaciones cuando concluya la operación, sino que debe estar presente en los mismos instantes de la acción anestésica y en el momento de la extubación si se realiza en ese mismo lugar debe además verificar con el anestesiólogo los signos vitales y decidir si se requiere una nueva cirugía.

En lo que atañe a las unidades de recuperación postanestésica su objetivo es prevenir, diagnosticar y tratar oportunamente las complicaciones que dificultan la recuperación del paciente y ponen en peligro su vida. Esta función la cumplen enfermeras, las cuales tiene a su disposición personal médico con el fin de realizar correctamente la labor. Cuando un enfermo es trasladado a la sala de recuperación el anestesiólogo y el cirujano debe entregarle a la enfermera datos tales como el procedimiento quirúrgico realizado, la técnica anestésica, los problemas preexistentes y los criterios para dar de alta al paciente.

Por último, las unidades de cuidados intensivos están dotadas de instrumentos especiales y del personal adiestrado con el fin de prestar una atención más individualizada y constante a los pacientes de altos riesgos o a aquellos que fueron objetos de operaciones quirúrgicas de larga duración.

Partiendo de estas premisas, se entiende que el manejo postoperatorio original delegación de funciones en el personal paramédico, y por ello la labor en esa fase atiende a ser de equipos, donde cada integrante debe ejecutar sus funciones con eficiencia y diligencia.

La importancia de resaltar los deberes del facultativo en la etapa postoperatoria, es que ella es fundamental para el éxito o fracaso de actividad médica y por ello debe llevarse a cabo con prudencia y pericia con el fin de evitar daños en la salud y en la integridad del paciente.

### **1.2.1.3. Formalidades, historias clínicas y naturaleza jurídica**

El contrato de servicio médico es consensual ya que no requiere de ninguna formalidad especial para su perfeccionamiento y nacimiento a la vida jurídica.

**El acuerdo de voluntad surge generalmente con la búsqueda que hace el enfermo del medico en virtud de principios de la libre elección del galeno por parte del paciente.**

Además, lo considera que este contrato es de los denominado in tuito persona por la confianza depositada por el enfermo en el facultativo.

Al no exigir ninguna formalidad para su perfeccionamiento este contrato debe ser constando por cualquier de los médicos de prueba regulados por la ley.

Sin embargo, existe la obligación para el medico de elaborar cierta documentación con el fin de dar a conocer la labor que está desarrollando. El principal documento que

debe confeccionar es la historia clínica, que consiste en la anotación obligatoria de las condiciones de salud del paciente. Por medio de este registro se consignan los datos relacionados con el estado de salud del enfermo, su dolencia, su tratamiento, y en fin, todo lo que tenga relación con la actividad que vaya a realizar el profesional de la medicina.

En la historia clínica se registra los antecedentes del paciente, los síntomas, signos y datos personales, el diagnóstico, las órdenes médicas, las notas operatorias, la evolución del paciente, y en general los hallazgos clínicos, las labores médicas y paramédicas y el desarrollo del acto médico.

La historia clínica es realizada por el médico que tiene a su cargo el enfermo, debiendo consignar en ella los datos relacionados con la condición de salud del paciente con absoluta veracidad ya que se trata por un documento regulado y protegido por la ley. La ley 23 de 1981 señala que esta historia es un documento privado, sometido a reservas, que únicamente pueden ser conocidos por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley, y que debe estar ceñido en las entidades de sistema nacional de salud a los modelos implantados por el Ministerio de Salud.

Constituye un medio probatorio fundamental, que debe ser tenido en cuenta por el juez en la apreciación de una determinada conducta, tratamiento u operación, realizada por un médico, otros dicen que es del paciente y algunos manifiestan que pertenecen a la entidad pública o privada donde se prestó el servicio.

Sobre esto es importante señalar, aunque el médico tiene un derecho de propiedad intelectual cuando este documento refleja su criterio o pensamiento científico, ella también pertenece al paciente en razón de que allí se consignan sus datos personales y sus intimidades al tiempo de que la institución tiene un deber de guarda sobre ella.

La elaboración de la historia clínica es una obligación legal del médico cumplen dos papeles fundamentales: “contribuye” a mejorar la calidad de la atención brindada, al servir como ayuda memoria al responsable de la atención y como instrumento de comunicación entre todos los miembros del equipo de salud e instituciones, que intervienen en la salud del paciente y facilita el control y evaluación de la calidad y eficacia de la atención brindada al paciente.

Por otra parte, y con relación a la naturaleza jurídica de este contrato, la doctrina lo ha considerado a veces como un contrato de mandato, como un arrendamiento del servicio y algunos como un contrato de trabajo. Lo cierto del caso es que la

complejidad y variedad de la actividad médica, hace posible encuadrar el contrato de prestación de servicios médicos, dentro de uno de estos esquemas contractuales, porque a veces reúne las características de uno o varios de ellos y a veces se distancian radicalmente. Por esta razón lo más indicado es considerado un contrato jurídico y variable que dependerá de la enfermedad que se esté tratando, la labor que se está ejecutando y toda la especialidad médica que se esté ejerciendo al ejecutar un acto médico.

Debe analizarse en cada caso el contenido concreto de la relación jurídica y de la actividad médica para establecer las obligaciones y los derechos que surgen en la contratación médico- paciente, con el fin de determinar cuándo hay un cumplimiento defectuoso, un incumplimiento total o un incumplimiento satisfactorio y completo.

Quedan así vistos los aspectos fundamentales del contrato de servicios médicos, los cuales servirán de base para establecer si la conducta de un facultativo se compadece de los deberes y obligaciones que asume al prestar sus servicios profesionales, los cuales debe observar en todo momento para realizar correctamente la función humanitaria que se ha comprometido desarrollar en la sociedad.

## **1.2.2. Responsabilidad contractual y extracontractual del medico**

Como hemos señalado anteriormente el médico es responsable tanto contractual como extracontractualmente por las acciones nocivas que ejecute en su que hacer profesional, ya que la soberanía de la ley abarca todos los habitantes del territorio nacional.

La responsabilidad se extiende a todas las actividades humanas, pudiendo ser contractual cuando nace el incumplimiento de obligaciones preexistentes, o extracontractual cuando surge el daño causado a otros sin existir vínculo jurídico entre los sujetos.

Se requiere una conducta dañosa para que pueda hablarse de responsabilidad, la cual generalmente será una acción positiva, pero también podrá consistir en la abstención de un comportamiento que se podía y debía llevar a cabo.

La conducta indebida del médico será entonces dolosa, imprudente, negligente, imperita, violadora del reglamento positiva o negativa e incumplidora de los medios o del resultado pretendido según el caso, y se ubicará en el ámbito contractual o en el extracontractual.

La acción es dolosa cuando se atenta y consiente y voluntariamente contra el cuerpo o la salud del paciente, sometido a su cuidado pudiéndose configurar un delito de homicidio o de lesiones personales, además de la responsabilidad civil que suele comprometer y que es nuestro objeto de estudio propiamente.

La impericia médica consiste en la falta de habilidad o de capacidad profesional para realizar un determinado tratamiento o una operación y que lo conduce culposamente al fracaso. Sobre este punto habíamos sindicado que el médico que no se sienta capacitado y preparado para realizar una acción debía remitir al paciente a un especialista o asesorarse de una junta médica, posibilidades que se omite y si llega a causar daños debido a su impericia lo hace responsable civilmente por su accionar culposo.

Sobre la impericia se dice que:

... Quién ejerce arte o profesión está obligado a los conocimientos teóricos respecto a la actividad y a llevarla a cabo distinguiendo adecuadamente las distintas situaciones que se le presenta y los medios de que se vale como también a poseer y encontrarse en condiciones físicas intelectuales para el desempeño de la misma. Son ejemplos de

impericia: el médico que confunde una enfermedad con otra por falta de análisis del caso y el cirujano que, aunque posea los conocimientos suficientes, ocasiona un resultado dañoso por haber actuado careciendo de la habilidad necesaria para la intervención.

La negligencia se traduce en la no aplicación de las técnicas médicas y los procedimientos terapéuticos cuando, estos son conocidos por el facultativo y, a pesar de ello, no los utiliza en su accionar, agravando la salud del paciente.

La imprudencia médica se presenta con una conducta temeraria que se realiza con diligencia y sin el cuidado debido que ocasiona un daño en la salud del paciente que hubiera podido preverse y evitarse.

Según la Corte Suprema “la responsabilidad civil y por tanto la profesional puede derivarse del incumplimiento o la violación de un contrato o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro”.

En lo que al ejercicio de la medicina se refiere, podemos señalar que la regla es que se aplique la responsabilidad civil contractual, ya que lo más normal es que la prestación de un servicio médico particular esté precedido de la celebración de un

contrato. Sin embargo, se dan otras hipótesis frecuentes en que no existiendo vínculos obligacional, se lleve a cabo la prestación de estos servicios, ya sea que se trate de un paciente inconsciente, ya sea que el médico intervenga unilateralmente, o cuando el contrato adolece de algún vicio jurídico que afecte su validez. Igualmente, aun existiendo contrato, puede ejercerse la acción personal extracontractual por parte de los herederos cuando el paciente fallece.

De todas maneras, podemos afirmar que la actividad del médico debe realizarse (exista o no contrato), de acuerdo a unas directrices comprendida en las normas ético – médicas y en la técnica señalada por la práctica médica y, por esta razón sus deberes y obligaciones son los mismos, tanto en el plano contractual como en el extracontractual.

Sería ilógico sostener que el médico pudiera obrar negligentemente y con descuido por el hecho de no haber celebrado un contrato para la prestación de sus servicios, por el contrario, su conducta debe estar en todo momento adecuada a las normas éticas que caracterizan su profesión y a los deberes que le impone su actividad médica.

Igualmente cabe señalar que los elementos de la responsabilidad civil, es decir, la conducta, el daño y el nexo de causalidad son también comunes en ambos ámbitos, y por ello consideramos innecesario analizar separadamente la responsabilidad contractual y la extracontractual, y más bien estudiaremos conjuntamente sus elementos integrantes aplicándolos al ejercicio de la medicina.

Y es que, en cuando a la culpa, las reglas de la responsabilidad contractual son idénticas, en estas esferas, a la responsabilidad delictual o causidelictual; en efecto la obligación contractual del médico no es, por lo general, sino una obligación de prudencia y diligencia; de tal suerte que para demostrar el incumplimiento de la misma, el enfermo debe probar la imprudencia o la diligencia; por eso, para no escindir el estudio de la responsabilidad médica puede enfocarse la cuestión de su conjunto en el terreno de la culpa causidelictual.

Así las cosas, analizaremos inicialmente la acción del profesional (la conducta), para luego referirnos al perjuicio que puede ocasionar (el daño), y finalmente tratar las relaciones que debe existir entre ambos (el nexo de causalidad).

### **1.2.2.1. La conducta**

Utilizaremos el término “conducta” por considerar más adecuado que el de “culpa”, por lo menos en lo que se refiere al campo de la responsabilidad civil de los médicos, debido a la amplitud y variedad de su desempeño profesional.

Y es más adecuado ya que la conducta, además de la intención y la imprudencia, comprende también el incumplimiento de la obligación que adquiere el médico que, aunque por regla general es de medios, en cierto caso puede ser de resultado.

Con relación a la imprudencia conviene que la falta de cuidado puede conducir a la no prevención de un resultado probable y corriente, y la producción de ese resultado debido a la no implementación de medidas para evitarlo. “podemos decir que un resultado perjudicial para el paciente será objetivamente previsible si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante, conociendo los antecedentes del caso y el estado de la medicina y en la especialidad de que se trata”.

En este punto es necesario indicar que la medicina no es una ciencia exacta, que cada organismo es diferente y que las enfermedades son a veces muy complicadas e inciertas, lo cual conlleva que muchos efectos imprevisibles puedan desencadenarse

independientemente del accionar médico y no necesariamente por la conducta indebida del profesional. En estos casos no se compromete la responsabilidad civil del médico porque se trata de accidentes imprevisibles o casos fortuitos que escapan a la acción del galeno y no pueden ser evitados por éste, por el contrario, cuando se produzca un resultado que no se previó debido a la imprudencia y a la falta de diligencia del médico, no nos cabe duda de que este debe responder por los daños que se causen al paciente, la imprudencia radicará en la falta de adopción de medidas preventivas necesarias exigidas por las reglas de la práctica médica, siempre y cuando se habría evitado el resultado si estas se hubieran implementado oportunamente.

En cuanto a la violación del reglamento, podemos indicar que las normas de ética médica ordenan deberes de cuidado en el campo médico y los mismos estudios profesionales señalan pautas y tratamientos a seguir según el tipo de enfermedad de que se trate. En cuanto a esto la simple violación del reglamento conllevaría a la responsabilidad en el evento en que produjera un daño debido a la no observación de los deberes y las pautas indicadas por la ciencia médica que se denomina "lex artis", en el derecho colombiano se acepta como lex artis los medios diagnósticos y terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas y las normas de ética médica.

En este punto consideramos que el médico puede apartarse de la *lex artis* cuando ésta no proporciona método eficaz para aliviar una determinada enfermedad en un específico paciente y, por el contrario, existe un tratamiento nuevo que ofrece mayores posibilidades de curación. Se trata precisamente de emplear un procedimiento experimental que requerirá la autorización del paciente, siempre y cuando no exista otro mecanismo ya utilizado y que haya producido efectos positivos.

Otra cosa muy diferente es que produzca un daño cuando el facultativo emplea un medio diagnóstico o terapéutico equivocado lo cual originará responsabilidad cuando no es aceptado por las instituciones científicas y aun también cuando siendo aceptado por estas no era el indicado debido a la situación del paciente y a su enfermedad.

En cuanto al incumplimiento contractual respecta, este dependerá de la obligación que asume el médico al tratar a un paciente que a veces puede ser de medio y en ocasiones de resultados. La obligación será del médico cuando el galeno debe emplear la diligencia y el cuidado debido en el tratamiento o en la intervención, sin estar obligado a conseguir la curación efectiva; y será de resultado, cuando la prestación del médico consiste en obtener un específico propósito o un determinado efecto. "El medico está comprometido a satisfacer una obligación de medios pues la

mayor parte de las veces solo promete observar una conducta diligente para la abstención de un resultado, con la responsabilidad que esta se verifique. Por excepción puede suceder que el profesional garantice su resultado”.

El facultativo incumplirá su obligación cuando su conducta no se comparezca con los medios a seguir, o no obtenga el resultado perseguido, respectivamente.

Por otra parte, el médico se hace responsable no solo por sus acciones nocivas, sino también por las omisiones que atenten contra la vida y la integridad de las personas que requieran los servicios médicos.

Cuando el profesional no asiste a un paciente y por esa abstención se causa un daño en la salud de éste la responsabilidad es la misma ya que cuando se tiene un deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo pudiendo hacerlo equivale a producirlo.

Por ello las normas de ética médicas señalan que en los casos de urgencias el profesional no puede dejar de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios y el mismo juramento medico les impone la protección de la vida de sus semejantes.

En conclusión, la conducta indebida del medico podrá ser intencional o culposa, positiva o negativa y desde el punto de vista contractual podrá consistir en el incumplimiento de una obligación de medios o en la no obtención del resultado determinado.

#### **1.2.2.2. El daño**

El elemento de la responsabilidad civil que se constituye en la fuente de la relación obligatoria de resarcir, es el daño que se causa injustificadamente en la víctima.

La forma de constatar la conducta indebida del responsable a través de la lesión que se causa al perjudicado en su esfera patrimonial, física o moral.

Considero el daño como el elemento principal en la teoría de la responsabilidad civil, no solo porque el mismo postulado del régimen laboral lo menciona expresamente, sino también por que es el punto de partida para calcular el monto de la reparación dineraria que debe cubrir el responsable por su conducta nociva.

El daño puede presentarse existiendo o no vinculo contractual entre la víctima y el responsable, “hemos indicado ya que el daño es un ingrediente esencial en la responsabilidad jurídica civil, no interesa que sea contractual o extracontractual. Y

llegamos a calificarlo como unos de los elementos más determinante ya que aún que se den el hecho, la culpa y el nexo, no existe la obligación de indemnizar sino aparece claro el daño”.

Esto lo confirma la Corte al decir: El perjuicio es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume. Sin daño fehaciente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales del derecho procesal es el demandante en acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho lo ocasionó consecuencial de repararlo”.

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

Por esta razón, considero que la indemnización que va a variar según cada caso concreto, debe ser de toda manera de un monto más o menos elevado por atentarse contra el principal valor del hombre, cual es su integridad personal.

La mala prestación del servicio medico puede ocasionar daños en los sistemas orgánicos y psíquico, la grabación de la actual estado patológico y en algunos eventos llegara a ocasionar la muerte.

La importancia de la responsabilidad civil del médico, radica en la protección a la estimación que tienen las personas de su integridad física y mental y, por ello “cuando algunos de esos bienes aparece dañado, el hombre de hoy piensa de inmediato en la superación del perjuicio, en recobrar la salud, la integridad, la capacidad, la actitud pérdida en parte. Y si tal posibilidad aparece inalcanzable, o al menos dificultosa, cae en la cuenta de su derecho a una compensación económica”.

Se busca entonces con el derecho la reparación del menoscabo que sufre la víctima y ante esto la primera opción es procurar de devolver la salud al perjudicado si es posible con una nueva operación, y en última instancia hacer la indemnización integral de todos los perjuicios por medio de dinero.

Las lesiones podrán consistir en la perturbación funcional de un órgano o de un miembro en la pérdida anatómica de estos, y en general, cualquier daño que afecte los sistemas y órganos del cuerpo humano.

Junto con la indemnización que debe pagarse por los daños orgánicos y psíquicos, deberá cubrirse además los gastos de hospital, drogas, médicos, etc., que si hubiese sufragado, así como también los perjuicios materiales por no haber desempeñado sus labores normales durante la recuperación tampoco puede dejarse de lado los, perjuicios morales que son comunes en la normatividad orgánica, tales como sentirse enfermo, no poder realizar las funciones físicas y el miedo a morir producido por el estado de organismo.

Además de los perjuicios morales existe otro perjuicio extrapatrimonial proveniente de los atentados contra la integridad personal, el cual se denomina daños fisiológicos y consiste en la pérdida de las actividades vitales y placenteras de las personas.

La indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la insatisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima, en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales. Casi podríamos decir que el daño fisiológico

consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que éstas tengan rendimiento pecuniario.

El perjuicio fisiológico se constituye entonces en otro daño que debe ser indemnizado, cuando se atenta contra la integridad personal por causa de la indebida práctica médica.

Por último, las personas que dependen del paciente afectado, pueden perjudicarse en caso de que este muera y aquellas que están ligadas sentimentalmente con él, pueden sufrir también perjuicios morales, los cuales deben ser igualmente indemnizado por el responsable.

### **1.2.2.3. El nexo de la causalidad**

El tercer elemento de la responsabilidad civil es el nexo causal que debe existir entre la conducta realizada por el agresor y el daño sufrido por la víctima.

Este nexo es de vital importancia por que nadie debe responder de ningún daño sino fuese consecuencia de acción o de su omisión, ya sea que exista un contrato validamente celebrado entre las partes, o no exista ningún vínculo jurídico entre ellas.

Según la doctrina: “el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que debe ser soportado por quien no ha contribuido a su realización, debe darse necesariamente, cierta relación entre el daño causado y de la conducta del que está llamado a responder por el mismo”.

Así las cosas el daño en el cuerpo o en la salud debe ser consecuencia de la conducta indebida del facultativo, para que pueda predicarse responsabilidad en el profesional de la medicina, la Corte dice que:

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

El problema se complica cuando se presenta varios factores que puedan incidir de manera más o menos decisiva en la producción del daño, piénsese, por ejemplo, en aquella persona que es agredida por otra y luego es regular o mal atendida por médico, muriendo posteriormente; o cuando es una operación, además de la conducta descuidada del facultativo, se suma la falta de otro integrante del equipo médico, en la sala de cirugía o en la de recuperación, o también cuando el mismo paciente concurre con su culpa al fracaso de la intervención, por no cumplir las prescripciones que se le ordenaron o también se puede presentar el caso de que la misma enfermedad u otra no detectada, sea la causa de un resultado infructuoso en la labor del galeno, ésta y otras más situaciones se pueden presentar en el accionar médico, y por ende, debe en cada caso concreto averiguarse cuál o cuáles fueron las causas determinantes del fracaso de la operación o del tratamiento, o del daño causado, para establecer que tipo de responsabilidad le corresponde al médico en caso de que éste no obre cuidadosa y competentemente.

Unos de los aspectos que merece especial atención es la relación de causalidad que puede presentarse entre la falta de atención médica y la muerte de una persona. Según las normas vigentes de ética médica el médico en los casos de urgencias tiene el deber de asistir a los enfermos, y por ello su negativa a prestar su asistencia profesional dará lugar a responsabilidad si las circunstancias demuestran que el

paciente sufrió un daño (ya sea su agravación o su muerte), prestado el daño no se hubiera causado. “Para que exista relación causal entre la abstención y el daño sufrido por el enfermo, es necesario que se acredite con relativa certeza que ella fue la causa de aquel resultado, ya que debe haber intervenido el médico habría tenido el paciente razonable posibilidades de supervivir o de mejorar su salud”.

La responsabilidad civil del galeno que omite su deber de asistencia a una persona de estado de urgencia, surge entonces cuando el resultado es consecuencia exclusiva o concurrente de la falta de intervención médica del profesional que podía y debía prestarla.

En este punto, y remitiéndose un poco al campo de la responsabilidad penal, nos encontramos que con la conducta del médico de no atender un enfermo grave, puede adecuarse al delito de homicidio por omisión o al delito de abandono seguido de una lesión o muerte, según el aspecto movilitivo del agente y las circunstancias particulares del hecho, partiendo de todas maneras de la base de que el médico estaba en posibilidad de atender a la persona enferma.

### **1.2.3. Responsabilidad por el trabajo en equipo**

En gran parte del accionar médico se requiere la participación de varias personas para realizar un determinado tratamiento clínico o una intervención quirúrgica correctamente.

La actuación individual del médico es frecuente en algunos tratamientos, pero lo más corriente en lo que al acto quirúrgico respecta, es la intervención de un grupo de sujetos que se denomina equipo médico.

El hecho de que puedan intervenir varias personas en un acto quirúrgico, no implica necesariamente que el resultado adverso de éste tenga que serle imputado a todo el equipo, ya que sólo están obligados a responder aquel o aquellos integrantes que condujeron a la reproducción del resultado perjudicial.

Para desarrollar el tema de la responsabilidad por el trabajo en equipo nos referimos inicialmente a la conformación del grupo médico (integración del equipo), para luego pasar a analizar la consecuencia jurídica que surge para cada uno de los integrantes de éste (responsabilidad individual y compartida) y el problema que surge cuando no se identifica el autor del daño (responsabilidad colectiva).

### **1.2.3.1. Integración del equipo**

La actuación del equipo se presenta principalmente en las intervenciones quirúrgicas, donde participan entre otros, el cirujano, el médico ayudante, el anestesiólogo, la enfermera jefe, la instrumentadora y los auxiliares del quirófano.

En algunas operaciones intervienen dos o más médicos principales, pero aun en estos casos pueden hablarse de que siempre existe alguno que tiene la suprema dirección de la actuación médica, el cual se denomina jefe del equipo.

El jefe del equipo o sea el que tiene a su cargo la intervención quirúrgica, es por regla general, quien previamente ha celebrado el contrato de servicios médicos con el respectivo paciente.

Los demás integrantes del equipo se denominan globalmente dependientes, quienes a su vez pueden desempeñar un papel trascendental y casi independiente como otro cirujano o anestesista, o un cargo secundario y auxiliar, como sucede con las enfermeras, la instrumentadora o los auxiliares del quirófano.

El director del equipo, es por regla, quien celebra previamente el contrato de servicios médicos con el paciente, encargándose de la realización de la operación y para ese fin se auxilia del personal médico necesario para cumplir eficientemente su labor.

El paciente la mayoría de las veces no conoce el personal y previamente a los demás integrantes del equipo, pero en algunos de éstos en ciertas ocasiones pueden llegar a tener con anterioridad a la operación un contacto personal del cual puede surgir un contrato paralelo. Esto sucede principalmente con el anestesiólogo, quien desarrolla su función por un tiempo a veces mayor que el empleado por el cirujano, por esa especial labor que desarrolla es presentado previamente al paciente por el jefe del equipo. “Por lo tanto, es común que el anestesista contrae directamente con el paciente, o de lo contrario, la labor de dicho profesional permita entender que se plasmó un contrato tácito”.

Sin embargo, es también muy frecuente que las clínicas tengan sus propios anestesistas, los cuales labora permanentemente en sus establecimientos encargándose de participar en las operaciones que se les asignen y, por ello, en estos casos no puede hablarse de un vínculo contractual entre paciente y anestesista.

La relación jurídica del paciente con los dependientes, se origina según algunos autores en la subordinación que tiene éstos con el jefe de equipo y que compromete a este último por las acciones u omisiones que ellos realicen y, según otros tratadistas, esta relación nace en virtud de la estipulación para otro (paciente) que acuerdan éstos con el jefe de equipo.

De todas maneras lo cierto es que la prestación del servicio médico es realizar por el grupo conjuntamente y por ello si se llegare a ocasionar un daño injusto en la salud del paciente, surgirá responsabilidad civil contractual o extracontractual a cargo de las personas que ocasionen el resultado nocivo.

Cabe anotar que el médico jefe del equipo responde por la actuación de su grupo, cuando el equipo está constituido y está funcionando como tal, situación que se presenta principalmente en la etapa operatoria y a veces en la postoperatoria, en la cual generalmente hay una variación en los integrantes.

### **1.2.3.2. Responsabilidad individual y compartida**

El trabajo en equipo conlleva distribución de funciones en cada uno de los integrantes, y por ello se vuelve complejo determinar la responsabilidad que le compete a cada individuo.

El jefe del equipo asume unos deberes de cuidado consistentes en la selección de sus colaboradores, las distribución de las funciones y la supervisión de las acciones de todos los integrantes del grupo durante el lapso que dure la intervención quirúrgica.

Es importante determinar en qué momento empieza a funcionar el equipo como tal, ya que allí comienza la responsabilidad del jefe por el hecho de sus dependientes. “En principio la etapa preoperatoria no exhibe nítidamente un equipo constituido. Y a su turno, la instancia postoperatoria no manifiesta sino un equipo disuelto”.

Sin embargo, la regla anterior no puede ser aplicada estrictamente, porque bien puede el médico ordenar instrucciones a sus colaboradores antes o después de la operación, cosa que suele suceder en la vida práctica.

Por otra parte, el concepto del dependiente o auxiliar, no exige un vínculo contractual de estos individuos con el director del equipo, ya que esa relación puede ser

circunstancial u ocasional, siendo lo fundamental la condición de obrar con autorización del médico jefe y bajo su supervisión.

También debe distinguirse entre pluriparticipación profesional y pluralidad de responsables, ya que la intervención de varias personas en una actividad médica no implica necesariamente que el resultado dañoso se les atribuya a todos por igual.

El jefe de equipo se compromete a integrar un equipo lo suficientemente capaz para prestar el servicio médico de manera eficiente, debiendo responder por sus propios hechos y por los actos de los terceros que están bajo de su dependencia y control o sea que, responde por las faltas cometidas por los integrantes de un equipo cuya jefatura y a cuyas instrucciones se subordinan.

A este respecto Romeo Casabona indica que la existencia de una relación contractual del paciente con uno o varios miembros del equipo, implica que cada uno de ellos responderá (incluso extracontractualmente) por la parte de prestación de servicios asumida. Si solo la realizó el jefe del equipo o encargado principal del tratamiento, éste responderá en principios por las actuaciones de todos. Si la relación se ha establecido con todos los integrantes del equipo cada uno responderá por la función que le corresponda o le haya sido adjudicada, siendo posible añadir la responsabilidad

solidaria del jefe del equipo junto al autor material, al corresponder al mismo una labor de supervisión y control de lo relacionado por los demás.

Cuando se presente una falla de unos de los integrantes del equipo, puede accionarse judicialmente contra este individuo o contra el jefe del equipo, ya que éste último responde por los actos de aquellos que están bajo su supervisión, en vista de que está encargado de fiscalizar el cumplimiento de las indicaciones que ordena a sus asistentes.

Por otra parte, cuando el médico jefe causa daño desplegando una actividad a título personal y en su condición de profesional, deberá responder civilmente por el hecho propio.

También responderá por el hecho propio aquel integrante que cause un daño culposamente dentro o fuera de la órbita del médico jefe, y pueden responder dos o más individuos que conjuntamente ocasionen un daño a la salud del paciente.

Con relación al médico principal,

Resulta interesante poner de manifiesto que sin desmedro del deber responder reflejo que pesa sobre el médico jefe por la actividad de los subordinar, es factible que el

mismo quepa una responsabilidad directa, contractual o delictual, por el hecho propio, si promedia una culpa originada en la incorrección de las instrucciones que debió impartir a los auxiliares o acólitos en el pre y postoperatorio y aun durante el acto quirúrgico.

En la vida práctica ocurre normalmente que las clínicas y los hospitales, asigna enfermeras que prestan servicios tales como el cuidado del enfermo, el suministro de medicamentos, la aplicación de inyecciones, el cambio de sueros, la movilización del paciente, y muchas más funciones, antes, durante y después de la operación. En algunos eventos podrá hablarse de subordinación entre el médico y las enfermeras, sobre todo cuando éste les imparte directamente instrucciones, pero en otros casos pueden no existir un contacto personal, sino que aquellas desempeñan la labor de acuerdo a lo señalado por el hospital y, por lo tanto, la responsabilidad que eventualmente pueda surgir comprometerla a la enfermera por el hecho propio a la clínica por el hecho de sus dependientes, y no al médico propiamente.

### **1.2.3.3. Responsabilidad colectiva**

En los últimos años se ha venido gastando por la doctrina y la jurisprudencia alemana y francesa, la teoría de la responsabilidad colectiva como subsidiaria de la responsabilidad individual.

Se habla de responsabilidad individual cuando el perjuicio es causado por una persona determinada o por varias personas individualmente determinadas, debiendo responder cada una por el daño que pueda atribuirse causalmente; por el contrario se está enfrente de la responsabilidad colectiva cuando el sujeto no está individualizado, o mejor identificado, dentro de un grupo de posibles responsables y no se demuestra la relación causal particular. Esto conduce a que el juez condene a todos los integrantes del grupo que produjo el daño, siempre y cuando se haya probado que éste fue causado por el grupo mismo.

A quienes critican la tesis de la responsabilidad colectiva por considerar que se puede condenar a los inocentes, se les puede argumentar el hecho de que la dificultad en identificar el verdadero causante del daño generalmente tiene como causa el encubrimiento que hacen los demás integrantes del grupo. Además debe indicarse que la teoría de la responsabilidad colectiva es aplicable no en el ámbito de la

responsabilidad penal, sino en la responsabilidad civil, donde interesa más la reparación de los perjuicios que cualquier otra consideración. Para solidificar la tesis se dice que si no hubiera condena, se estaría tratando peor a la persona que fue perjudicada por un grupo, que a la que lo fue por un solo individuo.

Por ello la equidad impone que en el caso de que un grupo en el curso de una acción colectiva cause daño o alguien, sin que sea posible establecer con certeza el autor del perjuicio, se deba considerar responsables a todos los participantes de la acción.

Para que nazca la responsabilidad colectiva como subsidiaria a la responsabilidad individual, se requiere demostrar el nexo de la causalidad entre un daño y la acción de un grupo, la participación de todos los integrantes en la acción y la imposibilidad de individualización del autor del hecho dañoso.

## **2. CONTENIDO DE LA OBLIGACION ASUMIDA POR EL MEDICO EN EJERCICIO DE SU PROFESION**

### **2.1. CONCEPTUALIZACION**

La doctrina, en su mayoría, ha considerado a la obligación del facultativo como de "medio", lo cual nos obliga a definirla y establecer sus alcances y características.

Hemos sostenido que el contenido del objeto de la obligación es siempre una "conducta". Sin embargo, la prestación que emana de ella puede agotarse en si misma como "resultado" o, por el contrario, sólo puede constituir un "medio" para conseguir un efecto determinado o acotado. Precisamente entre las segundas se hallaría la obligación medical.

En sentido estricto, ella consistirá en que la conducta, científicamente considerada, utilice técnicas usuales y admitidas por la medicina, tendientes a la curación de la dolencia o mitigación del dolor de un ser humano. Hemos elaborado este concepto teniendo en cuenta una larga investigación jurisprudencial. Se destacan en él tres situaciones: ¿Que es una conducta científica?; ¿Que diferencia hay en técnicas

usuales y las admitidas por la medicina? y el destino del acto médico, el "ser humano", como valor en sí.

La idea de la gravedad con que describimos la intervención medical, ha sido reflejada en un reciente fallo de la Sala A de la Cámara Nacional Civil.

"En función de lo dispuesto en el art. 902 del Cod. Civil, cuando está en juego la vida de una persona, el descuido o la negligencia más leves adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad. No hay posibilidad de aceptar culpas "pequeñas", por lo que cabe ser estricto en la apreciación de la culpa que se atribuye al médico".

En este brevísimo concepto podemos vislumbrar las dificultades que planteará en lo atinente a su alcances y características. El primero apunta a los efectos de las obligaciones en sí, es decir, establecer en ese marco qué implica cumplir; también, quién asumirá la carga probatoria en el segundo supuesto.

"Difícilmente pueda concebirse un supuesto en que sea mayor el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas que en el caso de los médicos. a ellos se les confía, de modo exclusivo, la lucha contra la enfermedad, quedando en sus

manos no solo la salud sino incluso, en determinadas circunstancias, la vida misma de sus pacientes".

"La obligación del médico consiste, en principio, en la aplicación de los conocimientos que el estado actual de la ciencia proporciona, con la finalidad de obtener la curación del paciente, observando el mayor cuidado y diligencia, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento, que debe ajustarse a la reglas del arte".

Podrá advertir el lector que se trata de una cuestión de suma importancia y, sin que implique adelantar opinión, nos parece que debemos recurrir no sólo al auxilio de las normas procesales sino también a los principios que informan la teoría general de la reparación civil. La obligación asumida, sin duda, reviste suma importancia, de allí que nos preocupe enmarcarla y analizarla. Surgen rápidamente dos preguntas casi al unísono: ¿Hay una "conducta científica"? ¿Que implica la utilización de "técnicas usuales y admitidas por la medicina"? No debemos olvidar que dichas conductas convergen en su aplicación en el ser humano.

"El medico contrae una obligación de medio consistente en la aplicación de su saber y de su proceder, en favor de la salud del enfermo. Aunque no está comprometido a curar al enfermo, sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación".

Es indudable que la variedad de temas nos ha obligado a realizar algunas distinciones. Si bien no surgen expresamente de los fallos y nomencladores habituales, fue necesario inferirlas para contestar - o al menos intentar hacerlo éstas y otras preguntas.

## **2.2. OBLIGACIÓN DE MEDIO Y DE RESULTADOS**

La jurisprudencia en general ha aceptado la diferencia conceptual y se ha expedido en el sentido de calificar a la obligación medical como de medio.

La obligación asumida por el médico frente al paciente es una típica obligación de medio - por contraposición de la de resultado -, ya que el profesional no se compromete a curar al enfermo sino solamente a poner su ciencia y diligencia con vista a la obtención de ese resultado.

La obligación del médico no es de resultados, por cuanto no consiste en curar al enfermo, sino solamente de medios, es decir, que su compromiso consiste en atender al paciente con prudencia y diligencia proporcionándole todos aquellos cuidados que sean conducentes al logro de su curación y los conocimientos científicos que su título permite presumir lo facultan para brindarle.

La obligación médica frente al paciente es por regla general, de medios y excepcionalmente, de resultados, puesto que el profesional no se compromete a curar al paciente sino a observar una conducta (asistencia médica) que razonablemente conducirá a un resultado, cuya obtención no se garantiza.

También podemos marcar la tendencia en el mismo sentido en tres departamentos judiciales, con importantes fallos de Cámara; como son la Cámara de Apelaciones en la Civil y Comercial de Rosario en la provincia de Santa fe y las similares en San Isidro y la Plata en la provincia de Buenos Aires.

El Médico que presta sus servicios asume ni puede asumir el compromiso de conservar la vida o eliminar la enfermedad, sino sólo le es dable comprometerse a prestar al enfermo, diligente e idónea atención, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y de su evolución. No se compromete a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios necesarios para lograr esa buscada finalidad. Para valorar los verdaderos alcances del compromiso que asume el médico frente a su paciente, debe estudiarse su actuación según las reglas del buen sentido y la prudencia, siendo lícito exigir al facultativo un comportamiento similar al que hubiere adoptado un médico

capacitado y prudente en iguales condiciones externas a las que debieron afrontarse en el caso tratado.

En las obligaciones de medios, de prudencia y diligencia o de comportamiento el deudor está obligado, legal o convencionalmente necesarios para llegar a un resultado, a tomar ciertas medidas, a observar conductas o comportamientos que normalmente conducen a un resultado determinado o previsto, aunque sin garantizarse el resultado mismo. La violación de tales deberes en el caso material del *sub judice* trae aparejada la condigna responsabilidad derivada del obrar culposo traducido en el resarcimiento consiguiente.

El profesional no puede prometer un "resultado" sino actuar con la diligencia necesaria para el cumplimiento de sus deberes obligación de medios). En el ámbito de la Cámara Nacional en lo civil de la capital Federal, hemos podido recoger fallos de casi todas las salas pero seleccionamos especialmente cuatro, que han sido constantes en mantener a la obligación como de medio.

Cuando los facultativos prestan sus servicios profesionales, no se comprometen a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es lograr la curación del paciente.

Manteniendo el mismo criterio en 1979, con igual composición pero, en sustitución del doctor Vocos, interviene el doctor Alfredo Di Pietro; pronunciándose de igual forma: Cuando los facultativos prestan sus servicios profesionales no se comprometen a obtener un resultado sino tan solo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, lograr la curación del paciente.

El compromiso que asume el médico no es una obligación de resultado que desemboque en la curación del enfermo, sino que constituye una obligación de medios, es decir, que su responsabilidad se limita a atender al paciente con prudencia y diligencia.

El médico contrae, frente al paciente, una obligación de medios y no de resultado, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder, en favor de la salud del enfermo, ya que esta obligación a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. De ahí que el fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios no significa incumplimiento.

He querido dejar para última instancia la Sala C, ya que allí la cuestión no está totalmente definida; la presencia en la misma del doctor Cifuentes, quien posee una

opinión contraria a la clasificada ab initio en obligación de medio o resultado, nos pone en la necesidad de hacer una revisión más minuciosa.

Hasta 1980 se puede apreciar una coherencia de criterio en los votos de los camaristas; en adelante, encontramos diferencias.

En el caso "A.P.O. c. Clínica D.Ch. y otros", de 1980, prevaleció la opinión mayoritaria con apoyo en el voto del doctor Durañona y Vedia, que sigue el criterio generalizado al establecer:

La obligación médica es, en principio, de medios y no de resultado, ya que salvo algunos supuestos marginales, el médico no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurarlo, aplicando todos su conocimiento y su diligencia. De tal forma, es el paciente quien debe demostrar la culpa que atribuye al médico, pues es ese medio el único apto para exteriorizar la abstención de las diligencias que eran exigibles".

La circunstancia de que la obligación previa que atañe al médico de prestar adecuadamente los auxilios de la medicina no implique una obligación genérica de actuar con prudencia y no causar daño, no significa que la culpa del médico se

presuma, debiendo acreditar el paciente que medió imprudencia, impericia o grave negligencia, pues la obligación es, en principio, de medios y no de resultado, ya que salvo algunos supuestos, el médico no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurarla, aplicando todos sus conocimientos y diligencias"

Durante el año siguiente y en 1982, in re "vera, Néstor G. V.c. Sanatorio Alberti", vuelve a expresar el doctor Cifuentes una opinión fundada en su particular criterio:

"Con un lineamiento general es posible, dejando de lado algunas técnicas especiales, dividir en tres sectores a la cirugía médica:

- 1) Dirigido a obtener un resultado terapéutico, en donde la operación quirúrgica realizada sobre el cuerpo humano con instrumentos cortantes secciona para curar, aliviar o evitar mayores males en la salud del paciente.
- 2) Tiene por finalidad beneficiar a terceros, sea que se procure la meta genérica en atención a ventajas para la comunidad (experimentaciones sobre el cuerpo), o ya para determinada persona con los trasplantes en vivo de órganos, caso este en el que se combina la operación mutilante a pura ventaja ajena (sobre el dador) y la curativa del paciente enfermo (sobre el receptor del órgano).

- 3) Busca un mejoramiento externo de la belleza corporal, llamada cirugía estética, en la cual no se pone de frente la finalidad terapéutica física, cuanto más en algunos casos la puramente psíquica.

En ninguna de las tres clases operatorias, desde el punto de vista de la justificación jurídica y de la habilitación médica para actuar quirúrgicamente, es posible prescindir del resultado. Las metas propuestas: curar, obtener beneficios o embellecer, con el punto de vista que justifica la ausencia de facultades en tanto se le combina con otros elementos que la acompañan: el consentimiento, el título habilitante (del cirujano o del médico, o del odontólogo), la ausencia o impericia de diferentes métodos o técnicas curativas, etcétera".

El voto adquiere importancia porque es apuntado por el doctor Eduardo A. Canon, quien fue camarista de la Sala B, quien expresó respecto del tema: "A nuestro juicio, la distinción entre obligaciones de medios y de resultados se origina en la identificación - o subsanación - entre objeto de la obligación y prestación que constituye el objeto de la obligación.

Sin embargo no es así. El objeto de la obligación es el bien o la utilidad que interesan al acreedor; la prestación es la conducta debida por el deudor tendiente a procurar al

acreedor el bien o la utilidad que constituye el objeto de la obligación. Planteado, así, se advierte sin esfuerzo que la prestación - conducta debida - es siempre un "medio" y el objeto es siempre un "resultado..

Desde el punto de vista de la praxis jurisprudencial queda como criterio genérico la aceptación de la dualidad "obligaciones de medios" y "de resultados"; también una tendencia a considerar la obligación medical, en principio, como de medios, salvo la opinión de estos dos eximios juristas, doctores Zannoni y Cifuentes. Respecto del tema de la cirugía estética, sobre el cual no abundan los casos jurisprudenciales, parecería que existe propensión a considerarlo obligación de resultados.

## **2.3. CARACTERISTICA PARTICULARES**

### **2.3.1. Conducta Científica**

Sobre la base de admitir que el contenido de la obligación es siempre una conducta, es necesario establecer si aquélla, al fecundar la relación jurídico - médica, adquiere un contenido particular (que además, en principio, es siempre de obrar). No es ésta una mera consideración teórica, pues de ello dependerán las reglas de aplicación para apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación.

Es interesante puntualizar - aun cuando parezca obvio --que la actividad medical como tal, requiere , previo a su ejercicio, la obtención de un "titulo habilitante"; es decir, ella implica en el médico un "bagaje científico" que debe aplicar a su profesión. De allí que su "conducta" como contenido de la obligación, es calificada -- aun independientemente de las características personales de prestigio que pueda tener-- como científica.

La circunstancia apuntada puede tener varias consideraciones entre las que podemos destacar:

### **2.3.2 Ámbito contractual y extracontractual**

Así lo ha expresado, ya desde 1964, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil:

El criterio dominante en materia de responsabilidad médica se encuentra orientado en favor del reconocimiento de que los profesionales solos deben poner en juego el caudal de preparación que el título acredita; pero, naturalmente, ello tiene un límite, ya que no se puede incurrir en negligencia grave, ignorancia inexcusable o falta grosera. Tampoco se puede arriesgar impunemente un tratamiento que, además de no curar,

puede producir un daño tremendo, sobre todo cuando no se cuenta con la autorización del paciente".

Así fue también expresado por la Sala D, integrada por los doctores Bueres, Ambrosioni y Raffo Benegas, en el famoso caso "Mackinson" en 1982:

En el supuesto de configurarse la última alternativa del art. 909, Cód Civil, según la cual la prestación del médico deviene in fungible, es evidente que en materia de responsabilidad, habrá que examinar la finalidad subjetiva perseguida por el enfermo; para concretarlo, el examen del grado de especialización, aptitudes, antecedentes, prestigio, inteligencia, etc., contribuirá a tipificar la categoría o clase en la que, según las circunstancias, cabrá emplazar la conducta debida del profesional.

1. Apreciación del paciente respecto de la idoneidad del médico - Tampoco deberá "desestimarse" la calificación que el paciente efectúe de aquélla, aun cuando esto no es más que la introducción del "factor subjetivo" en la relación jurídica. Así surge en otro considerando del fallo apuntado *ut supra*:

Si bien es cierto que al juzgar ordinariamente una conducta sólo hay que tener en cuenta, prima facie, las circunstancias externas, dado que las condiciones personales

del agente no son computables, excepto para graduar el límite de la previsibilidad en los términos del art. 902, Cod. Civil, en el caso particular de la responsabilidad médica jugará un papel importante el precepto del Art. 909, Cod. Civil, en cuanto en la órbita contractual autoriza a considerar las aptitudes profesionales del facultativo si éstas fueron tenidas en miras al contratar, es decir, si tales calidades pueden erigirse en motivos determinantes de la voluntad".

En ningún caso la actuación profesional es fuente generadora de consecuencias, si es que se lo hizo sin contravenir, en absoluto, las reglas propias de la ciencia o del arte de curar, para que pueda con figurarse esta clase de responsabilidad, es preciso se acredite, fehacientemente, que hubo negligencia, falta de idoneidad o imprudencia. Tales causales determinarán la existencia de culpa o de solo, conforme a la gravedad de la falta, pero mientras que ello no suceda, mal puede pretenderse resarcimiento".

Si el paciente elige el mejor cirujano del mundo y lo paga, en consecuencia, puede exigirle "resultados" que no podría hacerlo con uno ordinario. La diferencia en la maestría, experiencia y caudal científico, si debe pagarse debe también apreciarse en un distinto resultado, porque de otra manera la diferencia jerarquía científica no sería otra cosa que un papel en donde se anotan cargos; premios y trabajos que en la

realidad - la que los jueces deben estar bien despiertos para captar- no funcionaría porque es imponente para modificarlos positivamente"

2. Distinción entre conducta científica y conducta del hombre común.- Estimamos conveniente destacar, en este somero análisis jurisprudencial, la distinción que existe entre la conducta científica como típica de la obligación medical (cuyo incumplimiento será apreciado teniendo en cuenta valores científicos), y la conducta derivada de la negligencia propia de cualquier ser humano (posea o no conocimiento científicos).

La actividad o trabajo profesional consiste en la prestación de curación diligente sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución".

La responsabilidad del médico surgirá si la falta cometida deriva de la inobservancia de las reglas de prudencia y atención o es producto de un grueso error científico. Es decir, que la sanción sólo podrá aplicarse cuando medie una notoria negligencia o imperdonable imprudencia o exista un abandono de los más elementales deberes profesionales".

En igual sentido destacamos un fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala A y otro de Tucumán:

"Desde que en su conducta profesional el médico actúa eligiendo el método más adecuado para obtener el éxito de su tarea, su negligencia o culpa debe ser ameritada en toda ponderación".

La obligación que pudieran contraer los médicos surgen del ejercicio profesional, exista o no un contrato, por lo que en realidad se trata de responsabilidad extracontractual, y ella exige un deber de prudencia y la realización de aquellos actos que las circunstancias de caso así lo aconsejen. Las normas contenidas en los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civil, sirven para juzgar la conducta asumida en la atención del paciente, por cuanto si bien en principio no se asume una obligación de resultado, sino de medios tendientes a lograr un fin, es dable exigiré una conducta diligente en atención a las circunstancias del caso, que ordinariamente pueda conducir a la cura del enfermo".

Aun cuando no hayamos encontrado otro precedente jurisprudencial, creemos que esta distinción es interesante, ya que facilita al damnificado o accionante la prueba de la culpabilidad.

3. Relación entre conducta científica, enfermedad y fisiología del enfermo- Es indudable que para la apreciación en concreto de la conducta médica, es imprescindible adicionar los factores enunciados, ya que convergen en el juzgamiento "en concreto" del cumplimiento o incumplimiento de la obligación.

Recordemos lo expuesto por dos camaristas de la Sal A, en fallo que data de 1977. El doctor garizábal manifestaba al respecto:

Finalmente, que el tratamiento debe adecuarse a la enfermedad y al estado fisiológico del enfermo manteniéndose una proporción entre las afecciones a curar y los riesgos inherentes al tratamiento", y en igual sentido el doctor Vocos: "El actor ha tratado de demostrar que informó oportunamente que era "alérgico a todo tipo de drogas" y algún indicio - no demasiado concluyente - ha aportado en tal sentido. Encuentro, sin embargo, innecesario pronunciarme sobre el punto, pues, en mi opinión , la sola omisión de efectuar las pruebas, de posible realización, autoriza a calificar de culposa la conducta del obligado a hacerlo".

"Si en nuestra práctica médica se procede del modo que han señalado los peritos, cosa que admito tener fundadas resistencias a aceptar, el hecho no significa sino que

existe una práctica maliciosa, totalmente reñida con las normas de la prudencia y no menos con las propias reglas del arte".

### **2.3.2.1. Técnicas usuales.**

Técnicas admitidas por la medicina. Hemos mencionado dos calificaciones que sin duda, han aparejado en la práctica algunos problemas, ya que no siempre las "técnicas usuales" coinciden con las "admitida por la medicina" como conducta científica. En la segunda valoración, juega conceptos y premisas relacionadas con un elemento extraño a ella, que es el "factor tecnológico".

"La omisión de adoptar los recaudos y prevenciones normalmente al alcance de todo médico prudente y diligente, aconsejables por el avance de la ciencia médica - no siendo difícil en la zona llevar a un enfermo de urgencia a un hospital, asistencia pública o sanatorio- o sea de aquellas diligencias que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, Cod Civil) hacen pasibles de legal reproche al médico y a la enfermera, configurándose asimismo la violación de los deberes secundarios de elemental cuidado y prevención de los contratos".

Ello es así, desde que la medicina incorporó como herramienta de diagnóstico o tratamiento, sofisticadas maquinarias electro atómicas o de computación, que permiten una revisión constante de las llamadas "técnicas usuales".

Nuestros tribunales no han sido ajenos a estos hechos que, en última instancia, tienden al cuestionamiento de una temática trascendente, cual es la "discrecionalidad médica" y su apreciación judicial.

Hemos podido compulsar cuatro fallos de la Salas de la Cámara Nacional en lo Civil que se han expedido en el sentido de aceptar la discrecionalidad de la técnica o método.

"Corresponde exigir del médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en el atención del enfermo. Se trata de la razonable diligencia que es dable requerir a todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, tal vez los más preciados como son la salud y la vida. De ahí, que la falta de éxito en la presentación del servicio no significa, necesariamente, obligación de resarcir al damnificado".

"Siempre que estén divididas las opiniones científicas respecto de ciertos problemas de medicina, el juez no puede tomar partido en ellas, y, por tanto, debe rechazarse la

responsabilidad profesional. El médico nunca responde por el hecho de haberse orientado por una de las opiniones idóneas en conflicto, sólo se le exige que formule el diagnóstico de acuerdo con la reglas autorizadamente aceptadas en su profesión".

"La medicina comporta un deber humanitario y altruista de consagrar al enfermo todos los estudios y afanes que el título universitario obliga. En este sentido, lo que guía a la actividad profesional, sobre todas las cosas, es algo más elevada que el pago de una remuneración. En casos urgentes y graves el médico esta obligado a prestar su oficio cuando es requerido y en caso negativo surge su responsabilidad civil extracontractual. Esta responsabilidad es más incontrovertible cuando está en juego la vida de una persona, pues la menor imprudencia, descuido o negligencia más leve, adquiere una dimensión que le confiere una singular gravedad. No hay cabida para culpas pequeñas. El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes artificiales.

Reglamento de por medio o no, con o sin el pago de anticipo por el trabajo profesional, el médico en cuyas manos estaba en ese momento contribuir a la salvación de un ser humano, debió cumplir ante todo con su deber profesional y moral, afrontando cualquier responsabilidad por la violación de una disposición administrativa, de tipo vulgarmente utilitario.

En el campo de la actividad médica debe regir el principio de la discrecionalidad, el cual se manifiesta en la libertad de elección que debe reconocer el médico para la adaptación de los sistemas terapéuticos conocidos a las particulares características y específicas reacciones de los pacientes sometidos a su tratamiento"

Toda vez que el médico actúa defendiendo el método que él estima el más adecuado para obtener el éxito de su tarea, su diligencia o culpa debe ser ameritada con toda cautela, pues el fracaso del método elegido, aplicado con la diligencia que el caso requiere, no puede serle imputable".

"El criterio judicial no puede ser si no severo, más estricto, para sancionar como correspondiere el incumplimiento a un correcto ejercicio profesional, bajo el supuesto que la imputación sea evidente y de gravedad, motivada por un insólito proceder, falta notoria de destreza o un torpe error de tipicidad técnica o científica, como causas productoras de un daño cierto digno de ser indemnizado".

Es necesario resaltar que esto significa para el paciente la asunción de un riesgo como un "hecho irreversible", así lo puntualizó la Sala E en un viejo fallo de 1977:

"El médico no está comprometido legal o contractualmente a curar, sino a tratar de hacerlo, aplicando técnicas y métodos científicamente correctos y poniendo la mayor diligencia en el ejercicio de su ministerio". "El enfermo debe aceptar un margen de

inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la medicina y del médico mismo, como un hecho fatal". No menos importante ha sido la consideración que realizó la Cámara Criminal de la Capital Sala de Cámara en 1969, respecto a las operaciones de extirpación de órganos sexuales, del cual recogeremos el voto del doctor Estévez que, sin duda vislumbró ya en aquella época la problemática.

"Es un problema de hecho establecer en cada caso la responsabilidad del médico, en el que los jueces deben extremar la prudencia eludiendo todo pronunciamiento que importe adoptar una posición científica, respecto de la cual no se encuentran habilitados para dar opinión, sin grave peligro de equivocarse y causar un perjuicio irreparable; si graves son las consecuencias de un tratamiento médico equivocado a nadie puede pasar desapercibida la magnitud que asume el error judicial en sede penal.

### **2.3.2.2. Aplicación profesional científico - técnica a la dolencia del ser humano**

No debemos olvidar que el destinatario del acto medical es el ser humano, en su cuerpo y mente; de allí que, bajo esta circunstancia, la consideración de la conducta del profesional tienda a juzgarse con un rigor muy especial.

Ello no implica establecer a priori una apreciación adversa, sino simplemente marca una realidad, ya que en la escala de valores, la vida y la salud son prioritarias a cualquier otro bien.

La jurisprudencia lo ha ameritado como factor importante, así lo destaca implícitamente en el memorable fallo, ya citado, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A con el No. 30.

"Si el médico actuó poniendo su celo profesional, el fracaso del médico elegido con la prudencia del caso no puede serle imputable".

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 área que escapa al cálculo más rigurosos 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 aquilina, 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.

### **2.3.2.3. Especialidad científica. Asistencia médica responsabilidad de médico.**

El compromiso asumido por el médico, de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, se debe analizar teniendo en cuenta las directivas del art, 902 del Cód. Civil y sin pasar por alto que cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia una singular gravedad (conf,. CNCiv., Sala A, LL, 1977-D - 92). Nuestro derecho no distingue entre culpa grave y culpa leve, tal como lo hace el art. 2236 del Cód. Italiano de 1942. La culpa del médico, sea grave o leve origina responsabilidad, ya sea que rijan los arts 1109 y 1112 o el 512.

"El médico no puede comprometerse a salvar la vida del paciente o a curarlo de su enfermedad. Su obligación finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere. El facultativo debe actuar con prudencia y diligencia comunes, pero bien entendido que cuanto mayor es el deber de actuar de ese modo y con pleno conocimiento de las cosas, mayores serán las consecuencias que resultan de sus hechos".

#### **2.3.2.4. Discrecionalidad científica**

La responsabilidad de los médicos es de carácter contractual, sin que obste a ello el hecho de que el paciente no haya contratado directamente sus servicios, ni que éstos fueran gratuitos.

Cuando los facultativos prestan sus servicios profesionales no se comprometen a obtener un resultado sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, lograr la curación del paciente.

En el campo de la actividad médica debe regir el principio de la discrecionalidad.

Este se manifiesta en la libertad de elección que debe reconocerse al médico para la adaptación de los sistemas terapéuticos conocidos, a las particulares características y pacíficas reacciones de los pacientes sometidos a su tratamiento.

Al atribuirse responsabilidad, la carga de la prueba corresponde a quien la invoca, con mayor motivo si quien pretende una reparación se basa en el mal desempeño del facultativo.

"En su conducta profesional, el médico debe actuar eligiendo el método más adecuado para obtener el éxito de su tarea. Su diligencia o culpa debe ser meritada con toda ponderación.

#### **2.3.2.5. Corolario de la función asistencial del médico**

Creemos que nada mejor en este sentido que la transcripción de un viejo fallo de la Sala E:

"La naturaleza misma del ministerio del médico lo expone a menudo a pesar de sus conscientes esfuerzos, no solamente a ver frustrada la curación sino también a ver agravado el estado del enfermo. El buen sentido impide exigirle éxito, pues no está a su alcance prometerlo. Podrá exigírsele los esfuerzos razonables para acertar; pero no prometerlo de antemano".

### **3. RESPONSABILIDAD MEDICA EN EL NUEVO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

#### **3.1. ARGUMENTACION JURIDICA**

Con la expedición de la ley 100 de 1993 se creó en Colombia un sistema de Seguridad Social integral con el fin de garantizar los derechos de los individuos y de la comunidad a través de la protección de las contingencias que pueden afectarlos.

Se consagra la seguridad social como un derecho y un servicio público de todos los habitantes del territorio nacional, cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado y será prestado por las entidades públicas y privadas, en la forma establecida por la citada ley.

Los objetivos del sistema son garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad de afiliarse, prestar los servicios sociales complementarios y ampliar la cobertura de forma solidaria en la búsqueda de que toda la población tenga acceso a los servicios.

El sistema de seguridad social integral está dividido en tres sistemas generales, pensiones, salud y riesgos profesionales, los cuales han sido desarrollados por diversos decretos posteriores a la ley 100 que han ido reglamentando diferentes aspectos del régimen.

La Corte Constitucional al decretar exequible varias normas demandadas expresó que dicha ley "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, define desde su preámbulo los alcances de la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. En consecuencia, contiene la ley normas sobre principios generales del sistema de seguridad social; objeto, características, afiliación, cotización, fondo de solidaridad del sistema pensional; pensión de vejez; pensión de invalidez por riesgo común; pensión de sobrevivientes; prestaciones adicionales; entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida; régimen de ahorro individual con solidaridad; modalidad de pensión,

pensiones mínimas; prestación y beneficios adicionales; entidades administrativas del régimen de ahorro individual con solidaridad; bonos pensionales ; disposiciones aplicables a los servidores públicos; el sistema general de seguridad social en salud; de los afiliados al sistema; del régimen de beneficios; de la dirección del sistema y de la seguridad social en salud; de las instituciones prestadoras de servicios de salud; régimen de las empresas social; de los usuarios; del régimen contributivo; del régimen subsidiario; del fondo de solidaridad y garantía; de la vigilancia y control del sistema; y normas sobre transición del sistema y otras disposiciones afines o complementarias; sistema general de riesgos profesionales, accidente y enfermedades profesionales, y servicios sociales complementarios"

No pretendemos desarrollar todo el sistema de seguridad social y sólo nos referimos al sistema de salud, debido a que nuestro objetivo es realizar algunos planteamientos sobre las consecuencias que implica para la responsabilidad médica la creación del nuevo sistema.

Por esta razón nos referimos inicialmente a las características generales del sistema de seguridad social en salud, para luego abordar el tema de los derechos y garantías así como los deberes de los usuarios y beneficiarios del sistema, para finalmente entrar a delimitar la responsabilidad en que pueden incurrir algunos integrantes del

sistema, tales como las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios, las empresas sociales del Estado y otros organismos.

Esperamos con ello incorporar los nuevos esquemas del sistema de seguridad social a los postulados que hemos enunciados desde un comienzo, en lo que hace relación a la responsabilidad por la prestación de servicio de salud, advirtiendo que la jurisprudencia será la encargada de definir muchos aspectos que en la actualidad adolecen de claridad por los cambios que producirá el nuevo régimen de salud.

### **3.2. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

La regulación del servicio público de la salud y la implementación de condiciones de acceso de toda la población a los servicios, se constituyen en el objetivo fundamental del sistema de seguridad social en salud, señalándose como obligatoria la afiliación de todos los habitantes del país, cometido que esperamos se cumpla en un futuro.

Se pretende brindar protección integral a la población en las fases de educación, fomento e información, así como en la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de los problemas relacionados con la salud de las personas.

Los usuarios recibirán un plan obligatorio de salud con atención preventiva, médica quirúrgica y farmacéutica, así como planes complementarios de salud, dependiendo del tipo de afiliación que cada individuo tenga.

Mientras que las entidades promotoras de salud tienen a su cargo la afiliación de los usuarios y la administración de los servicios de salud, las instituciones prestadoras de ellos, serán las encargadas de suministrarlos a los usuarios en la forma establecida por el sistema legal, presentándose una división de ambas funciones que anteriormente casi siempre se confundían en una misma entidad.

Además del Instituto de Seguros Sociales en cabeza de quien se había radicado en gran parte la administración y prestación de la salud, entraron a competir otras entidades privadas con el propósito de ampliar la oferta de servicios y de brindar al usuario la oportunidad de elección.

Se distinguen varios tipos de participantes en el sistema de salud, por un lado los afiliados mediante el régimen contributivo conformado por los trabajadores, servidores públicos, pensionados y trabajadores independientes con capacidad de pago, y los afiliados al régimen subsidiado integrado por quienes no tienen dicha capacidad, y por otro lado las personas vinculadas al sistema que mientras logran ser beneficiarias al

régimen subsidiado serán atendidas por las instituciones públicas o las privadas con contrato con el Estado.

El propósito buscado es que todos los habitantes se afilien al sistema de salud según sus capacidades y facilidades, y el mismo tiempo contribuyan para que otras personas menos favorecidas se puedan beneficiar de los servicios de salud a través de regímenes especiales, fondos y otros mecanismos definidos por la ley.

Se dio paso a la cobertura familiar con el propósito de ampliar la prestación de servicios a otras personas, en virtud de la afiliación directa al sistema que tiene alguno de los integrantes de dicho núcleo, lo cual conlleva una ampliación representativa en el demanda de servicios de salud.

Esperamos que las reglas del servicio público de la salud que consagra la ley y especialmente la equidad, la obligatoriedad y la protección integral, se cumplan a cabalidad, y no solamente en cantidad sino en calidad, para lo cual se necesita indefectiblemente una participación activa del Estado que es el principal obligado en el prestación de los derechos y garantías de la comunidad.

Infortunadamente la aplicación del nuevo sistema de seguridad social en salud, ha comenzado ya a producir efectos negativos en el atención de los pacientes y en la calidad de los servicios, así como en la condición económica de algunas instituciones y en el accionar individual de los profesionales.

El principio o regla rectora de la calidad que consagra dicha ley como la garantía a los usuarios en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional, resulta bastante discutible desde el punto de vista práctico por la infraestructura y circunstancias económicas con que se cuenta en nuestro medio, y además desde el punto de vista legal en el medida en que científica y médicamente no puede hablarse de garantía de curación efectiva de las patologías, por ser el deber del profesional una obligación de medios y no de resultado como lo hemos expresado.

Consagrar garantía de calidad en la prestación de servicios de salud, no debe entenderse entonces como una variación del sistema de responsabilidad profesional médica asentado en la culpa en materia civil, sino como unos controles que deben hacerse en las entidades operantes en el sistema de seguridad social, para una mejor atención del usuario.

Los controles de calidad que son obligatorios tanto para las entidades promotoras de salud, como para las instituciones prestadoras de servicios como hospitales, laboratorios, banco de sangre, y otros, se convierten en medidas de diligencia y cuidado que deben realizar las entidades para proteger a los usuarios del servicio.

El sistema de garantía de calidad en salud consiste en el conjunto de normas, procedimientos y acciones tendientes a evaluar y controlar la calidad de los servicios, con el objetivo de contribuir al mejoramiento de éstos, eliminar las deficiencias en ellos y corregir los comportamientos negativos que interfieren el proceso de atención.

Los elementos de dicho sistema son una adecuada información, una buena tecnología biomédica, la auto evaluación institucional por control de gestión. la idoneidad del recurso humano asistencial, y la calidad de los insumos de salud como los medicamentos, los productos biológicos, elementos médicos- quirúrgicos reactivos de diagnóstico y otros que tengan impacto en la salud individual y colectiva.

Se establecen procedimientos de licenciamiento de las instituciones prestadoras de servicios para verificar que cumplen los requisitos de funcionamiento, mecanismos de acreditación para obtener el reconocimiento público de superación de parámetros de calidad, así como la implementación de procesos de auditoria médica en las entidades promotoras y prestadoras de servicios.

Todos estos mecanismos pretenden un mejoramiento de la gestión, coordinación, administración y prestación de los servicios de salud, advirtiéndose nuevamente que ello no implica un cambio en los principios generales de responsabilidad civil médica para los profesionales en lo que tienen que ver con la asistencia, el diagnóstico, el tratamiento y el acto médico en general.

### **3.3. DERECHOS Y DEBERES DE LOS AFILIADOS**

La Ley 100 incorpora a los usuarios de los servicios de salud dentro del sistema de seguridad social, estableciendo tanto unas garantías como unos deberes de éstos frente al régimen mencionado.

Dentro de las garantías podemos señalar la prestación del plan obligatorio de salud, la atención de urgencias, la libertad de escogencia y cambio entre entidades promotoras de salud, la elección de instituciones prestadoras de servicios y profesionales adscritos a la respectiva promotora, y la participación en la asociación y representación ante los organismos que integran el régimen de seguridad social.

Como deberes de afiliados y beneficiarios están el procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad, cuidar y hacer uso racional de los recursos y servicios,

cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y los profesionales, trata con dignidad al personal que lo atiende y respetar la intimidad de los demás pacientes.

Se presenta por ello una variación en la relación profesional paciente al consagrar normativamente deberes de los pacientes que desde un punto de vista práctico ya existían, pero no habían disposiciones legales que los contemplaran expresamente.

Dentro de los derechos consagrados por la ley encontramos que el plan obligatorio de salud es un conjunto de servicios que se prestarán a los usuarios que permitan la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las etapas de promoción y fomento de la salud, y en la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades, de acuerdo con niveles de atención y complejidad definidos por la ley.

En los eventos de urgencia generados en accidentes de tránsito, acciones terroristas, catástrofes naturales, los afiliados al sistema de seguridad social en salud tendrán derecho al cubrimiento tanto de servicios médicos-quirúrgicos, como de indemnización por incapacidad permanente y muerte entre otras.

El tradicional derecho del paciente consagrado por la Ley 23 de 1981 y la resolución 13.437 del Ministerio de Salud de escoger el profesional de la salud, limitado por el mismo decreto 3380 del año 81 a la posibilidades ofrecidas por cada institución se traduce en el nuevo sistema de salud, en la garantía de elección y cambio de la entidad promotora a la cual está afiliado el individuo, así como en la libre escogencia de las instituciones prestadoras de servicio contratistas de la respectiva promotora y a los profesionales de la salud vinculados o adscritos a ésta.

Por otra parte se consagra en desarrollo del derecho de asociación, la posibilidad de que los usuarios de los servicios de salud se agrupen con el propósito de defender sus derechos y de participar activamente en el sistema de seguridad social del cual son integrantes.

Pero no sólo se consagran derechos y garantías de los usuarios de los servicios de salud, sino también que se señalan sus deberes frente a las instituciones, el personal médico y paramédico, y el mismo sistema de seguridad social en cuanto al buen uso y la racionalización de los recursos.

Tales deberes conllevan efectos en los procesos de responsabilidad profesional, en la medida en que se plantearían eventos de culpa de los pacientes por inobservancia de

los preceptos legales e incluso acciones judiciales en contra de éstos por la afectación de la prestación de los servicios y los daños que ocasionen a las instituciones, los profesionales y los demás pacientes.

Ya incluso en otras disposiciones se habían consagrado deberes específicos de los pacientes frente al equipo de salud entre los cuales podemos señalar a manera de ejemplo la contenida en el decreto 559 de 1991, según la cual las personas infectadas por el HIV o que hayan desarrollado el SIDA y que conozcan tal situación, deben informarlo al médico tratante o al equipo de salud donde soliciten algún servicio asistencial.

En todo sistema legal existen derechos y obligaciones de los individuos a quienes cobija, razón por la cual en el sistema de prestación de servicios de salud, debe propenderse porque a cada persona se le respeten sus derechos pero al mismo tiempo cumpla los deberes que tiene frente a los demás sujetos.

### **3.4. ORGANISMOS OPERANTES DEL SISTEMA DE SALUD**

La reglamentación del sistema de seguridad social en salud señala como organismos operantes del sistema a las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios y las empresas sociales del Estado.

Las entidades promotoras tienen la función básica de gestión, coordinación y administración del servicio de salud, mediante la afiliación de las personas, el recaudo de la cotización, la organización de los mecanismos para el acceso a los servicios y el establecimiento de los procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios brindados por las instituciones prestadoras de ellos.

Podrá ser autorizadas para operar como entidades promotoras los organismos de naturaleza pública, privada o mixta, cuyo objeto social cumpla las anteriores funciones, debiendo tener una razón social que identifique su naturaleza de EPS, personaría jurídica, capital suficiente, disponer de una organización administrativa y financiera que permita la información y evaluación de los servicios, y finalmente acreditar un margen de solvencia, número de afiliados, y capacidad técnica y científica para el correcto desempeño de sus funciones.

Con el fin de garantizar el plan de salud, las entidades promotoras prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales, presentándose en la práctica un sistema de cobro de estos últimos a la entidad promotora luego de la atención hospitalaria o médica brindada a los pacientes.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud, el sistema reconocerá a las entidades promotoras una suma denominada unidad de pago por capitación establecida en función del perfil epidemiológico, los riesgos cubiertos y los costos del servicios, las cuales reciben además los dineros que cubran los usuarios de los planes complementarios.

Se presenta entonces un beneficio económico para las entidades promotoras de salud, quienes desempeñan un papel de intermediarios en la prestación de los servicios, prohibiéndose de todas formas los acuerdos, prácticas o decisiones que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema.

Dentro de los organismos operantes del sistema nos encontramos con las instituciones prestadoras de servicios que son aquellas entidades clínicas,

hospitalarias y de otros tipos, que se encargan según su nivel de atención correspondiente, de brindar directamente a los usuarios los planes de salud.

Tales instituciones deben tener autonomía administrativa, técnica y financiera, cumplir los requisitos señalados por el Ministerio de Salud y el orden legal, guiarse por los principios básicos de calidad y eficiencia, y cumplir el sistema de acreditación diseñado por el gobierno.

La Ley 100 exige la destinación de un porcentaje del presupuesto de algunas instituciones para el mantenimiento de la infraestructura y la dotación hospitalaria, y se consagran además incentivos para los trabajadores y profesionales de la salud con el fin de recompensar su eficiente desempeño.

Así mismo se contempla la posibilidad de establecer modalidades de contratación por parte de las EPS y las IPS, con grupo de práctica profesional o con profesionales individuales, presentándose por ejemplo la constitución de sociedades y cooperativas por parte de médicos para participar en el sistema.

Finalmente podemos señalar que además de tales organismos se encuentran también las empresas sociales del Estado, que son entidades públicas descentralizadas con

autonomía administrativa y que se encargan de la prestación de servicios de salud en forma directa por parte de la Nación o las entidades territoriales.

### **3.5.RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO SISTEMA DE SALUD**

Con el funcionamiento de las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios se plantean muchos interrogantes, en torno a la responsabilidad civil en que pueden incurrir frente a los usuarios del sistema por los daños y perjuicios que se les causen en su vida, integridad y salud.

Tales efectos pueden ser ocasionados por la no prestación de los servicios a que tiene derecho el usuario, por su ejecución retardada, o por las fallas que se presenten durante la atención de los pacientes.

Conviene señalar que la afiliación del usuario al sistema de seguridad social se realiza con una EPS por esta razón la no prestación de un servicio al que tenía derecho el usuario se constituye en un incumplimiento de dicho vinculo que genera la responsabilidad de la respectiva entidad promotora de salud.

Cuando se presente un evento de mala práctica médica durante la atención retardada o defectuosa de un paciente, nos encontraremos frente a la responsabilidad del personal médico o paramédico que ocasionó el daño o de la institución hospitalaria según los principios vistos en los capítulos iniciales, pero podrá predicarse responsabilidad de la entidad promotora de salud en la medida en que ésta tiene un vínculo contractual con la IPS o con el profesional que prestó defectuosamente el servicio al que tenía derecho el usuario por su afiliación.

Aunque la función principal de la entidad promotora de salud es la gestión coordinación y administración de los servicios, consideramos que la obligación legal que tienen de establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente y oportuna de los servicios brindados por las instituciones prestadoras de éstos, les impone la exigencia de reparar los daños ocasionados a los pacientes por las fallas que se produzcan.

La afiliación que tiene el paciente con la entidad promotora a la que pertenece le origina a ésta la obligación legal de prestar los servicios por parte de las instituciones y profesionales que ha contratado, de forma oportuna y adecuada, razón por la cual la defectuosa prestación del servicio también la compromete.

Incluso sería ilógico que la entidad promotora de salud que reciba beneficios por su operaria como intermediario en el sistema de salud, no estuviera sometida a los riesgos y a las acciones legales consagradas por la mala prestación del servicio a los usuarios del régimen.

Las instituciones prestadoras de servicio de salud seguirán respondiendo civil o administrativamente, de conformidad con los principios que hemos visto y además por el incumplimiento de los nuevos deberes que se originen en el nuevo sistema de salud.

A las empresas sociales del Estado se les aplicarán los principios de la falla del servicio, propios de la responsabilidad administrativa atendiendo a su naturaleza jurídica.

Se plantean igualmente nuevos sistemas de prestación de servicios por profesionales vinculados a sociedades o cooperativas, que podrían generar responsabilidad individuales o asociativas según los casos concretos, las normas civiles y comerciales y el tipo de contratación.

Existen por otra parte diversos mecanismos de vigilancia y control de las entidades que operan en el sistema de seguridad social en salud, en cuanto a la información y la

calidad de los servicios, así como en materia fiscal, además de establecer un régimen sancionatorio a cargo de la Superintendencia de Salud.

Apenas comienza a presentarse los conflictos legales y todavía quedan por definir muchos aspectos del sistema de seguridad social en salud, que deberán clarificarse con la expedición de normas nuevas, la declaratoria de inexecutable de aquellas que sean inconstitucionales, y la definición de conflictos a través de acciones judiciales ordinarias y de la misma tutela.

Esperamos que la salud que es un derecho de toda la comunidad se cumpla no sólo en cantidad sino también en calidad y reiteramos como conclusión, que es el Estado a quien le corresponde la responsabilidad de lograr que el sistema de salud que ha implantado cumplan en la práctica de una manera óptima los fines y objetivos propuestos.

## **4. LA HISTORIA CLINICA DESDE LA PERSPECTIVA MEDICA Y JURIDICA**

### **4.1. SIGNIFICACION E IMPORTANCIA JURIDICA**

Indudablemente, la instrumentación de las distintas secuencias médicas en la vida del paciente es de una importancia trascendente para juzgar la responsabilidad de daños producidos en el enfermo, ya que puede darnos la clave en la relación de causalidad. En tal sentido se ha pronunciado al jurisprudencia.

También es importante recordar un fallo de la Sala E, de la Cámara Nacional en lo civil.

### **4.2. NATURALEZA JURIDICA DE LA HISTORIA CLINICA Y SUS EFECTOS PROBATORIOS**

La importancia que ha alcanzado el tema en la apreciación de esta prueba en los procesos judiciales, resulta indudable, de allí que consideremos imprescindible abocarnos a su estudio, tratando de establecer algunas pautas o reflexiones para que luego los juristas, vayan abriendo camino en un análisis metodológico de la cuestión.

Deseamos puntualizar que debemos diferenciar claramente la conducta medical propiamente dicha, con los actos de registraci3n en la historia cl3nica.

### **4.3. NOCIONES GENERALES**

Es necesario primeramente hacer algunas consideraciones generales para enmarcar la historia cl3nica.

Se trata de su introducci3n en un legajo, identificado, a trav3s de los datos personales del paciente (nombre, apellido, DNI, domicilio), en el cual se procede a realizar un registro de actuaciones m3dicas.

La primera distinci3n que debemos hacer es entre aquellos datos, fechas, acontecimientos que brinda el paciente -generalmente en la primera entrevista- y que tienen el car3cter de declaraci3n de parte. Esto es muy importante pues son situaciones antecedentes que en lo posible el m3dico debe tratar de corroborar, en la medida de su posibilidades, verbigracia por las secuelas de una enfermedad o radiograf3as, an3lisis, etc3tera.

Sería conveniente que el registros de estos antecedentes -muchas veces vitales para el tratamiento de ciertas enfermedades sea suscrito por el paciente o la persona que los informa, de esta manera consideramos que adquirirá el valor jurídico de declaración jurada confesional.

De esta forma, cualquier situación que se presente a posteriori que dañe al paciente y que devenga de esa declaración, encontrará al profesional de la medicina en mejor situación probatoria.

Una de estas cuestiones que queremos resaltar es la determinación del grupo sanguíneo para evitar inconvenientes posteriores.

Una segunda parte se iniciará con el registro de la causa por la cual el paciente requiere los servicios del médico y los resultados de esta primera entrevista, así como lo diagnosticado y las derivaciones, análisis, estudios, etcétera, que deberán realizarse, para luego poder expedir el diagnóstico definitivo.

De esta primera etapa, culmina y surge inmediatamente el deber de información, de que daremos cuenta en el capítulo pertinente, al cual nos remitimos.

Una tercera situación, se desarrollará en los registros del tratamiento, indicaciones, derivaciones a especialistas, determinaciones quirúrgicas, etcétera, de tal forma que la continuidad de la atención medical quede debidamente asentada, así como es interrumpida por decisión del paciente deberá dejarse acreditado y si es posible suscripto por el mismo.

En caso de no poderse efectivizar estos últimos, estimamos que el médico deberá informar y requerir de las autoridades del establecimiento- público o privado - el control de dicha situación, mediante la registración de constatación y suscripción, etcétera. De esta forma queda acreditada la diligencia del profesional médico.

La cuarta nota de la registración está relacionada con el seguimiento de la dolencia y los progresos o retrocesos que experimenta la salud del paciente y su correspondiente interpretación medical. Esto también es de suma trascendencia, pues va marcando la preocupación del médico y establece la metodología científica del tratamiento y sus consecuencias terapéuticas.

Por último. tenemos la parte de registración dedicada a las situaciones quirúrgicas, sobre las cuales el médico deberá estremar los cuidados. Ella comienza en la orden de intervención y el motivo de la misma debidamente fundado en los conocimientos

científicos - tecnológicos; además deberá registrarse minuciosamente cuando se trata de un supuesto de urgencia, dónde se han realizado los estudios, análisis, derivaciones pertinentes, es decir, un supuesto estudiado y analizado.

Una cuestión de trascendencia es la debida advertencia -distinto que la información- que debe realizar el médico sobre los riesgos quirúrgicos.

Ello es de importancia trascendental para el posterior tratamiento jurídico, especialmente en el análisis de la relación de causalidad y de la culpabilidad.

El registro de todas las secuencias del acto operatorio, desde la revisión o visita inmediatamente anterior - en la habitación - que debe realizar el profesional para determinar si no existen circunstancias especiales sobrevivientes que impidan el acto.

Continúan las anotaciones con su ingreso al quirófano, la característica de la anestesia, que deberá ser anotada de puño y letra y suscripta por el anesthesiologo.

El anesthesiologo debe recabar información previa - salvo casos de extrema urgencia- respecto de situaciones de "condición alérgica del paciente".

Además, atender el desarrollo del acto quirúrgico, los inconvenientes o situaciones especiales detallados lo más posible o cualquier otro dato medical que se considere necesario.

La última anotación de esta fase deberá estar referida a la integración de las personas que actuaron y si constituyen o no equipo médico, de importancia para la posterior delimitación de la responsabilidad.

Por último se registrarán todas las secuelas posteriores hasta el alta del paciente. Entendemos que si el paciente requiere una fotocopia certificada de la historia clínica deberá serle extendida, así como que también puede requerirla cada uno de los médicos que ha actuado en salvaguarda de sus derechos, quedando el original en el hospital o entidad sanatorial privada.

En este sentido, nos expedimos que hay un deber de custodia por diez años del ente respecto de la historia clínica y nuestro fundamento es doble, en primer lugar la prescripción es decenal en la mayoría de los supuestos y en segundo término por situación de asimilación (art, 16 Cód. Civil) con las registraciones comerciales, en donde se dispone su custodia durante ese mismo lapso.

La idea central, pensamos que es la del depósito necesario, especialmente por similitud de ambas situaciones de las descripciones en el art. 2227 del Cód. Civil.

En primer lugar, el acontecimiento, o hecho causante de recurrir a un establecimiento de salud pública o privada (hasta incluso podemos igualar la situación con el consultorio privado, sin temor a equivocarnos) se trata de una situación de gravedad pues involucra el derecho personalísimo a la salud e integridad psicofísica, asimilable perfectamente a cualquiera de los enumerados en la citada norma legal, aun cuando la diferencia entre hechos extremos (art. 2227, Cód. Civil) y hecho interno (enfermedad o dolencia) no pesa en la situación de gravedad.

El argumento utilizado para el paradero, también reviste igual situación de similitud (pues el paciente introduce la historia clínica y es el ente que la tendrá en su poder y la guardará).

Esto es importante pues su pérdida, deterioro o falsificación hace presumir una responsabilidad objetiva en el ente custodio, depositario de ella.

#### **4.4. HISTORIA CLINICA DE ESTABLECIMIENTOS HOSPITALARIOS PÚBLICOS NACIONALES, PROVINCIALES O MUNICIPALES**

Caracterización, clasificación y efectos jurídicos - Es indudable que de acuerdo a la naturaleza de las actividades o situaciones reguladas, nos encontramos ante la esfera del derecho administrativo y aun dentro de éste debemos diferenciarlo por área de jurisdicción, nacional, provincial, o municipal, pues existen regulaciones específicas, V.gr. todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los diversos establecimientos, máxime cuando existe en ellos un interés colectivo o de la comunidad.

No debemos olvidar que la normación administrativa es parte del derecho público nacional, provincial o municipal, y queremos hacer hincapié en dos aspectos: la intervención de organismos públicos (hospitales) y la función administrativa (salud), son dos características fundamentales para el desarrollo de nuestro acápite.

En primer lugar, debemos destacar la categoría jurídica del facultativo, que asume o se enviste de la calidad del funcionario en el ejercicio de la medicina hospitalaria, cometido estatal por excelencia, sin perjuicio que habrá que hacer una distinción entre el médico de servicio, que será un agente público y el jefe de guardia, director, etcétera, que constituirá por su jerarquía un verdadero funcionario público. Distinción que resultará importante para la meritación de la responsabilidad.

La característica fundamental de los actos médicos, que se incluirá en la historia clínica, revisten la claridad de actos administrativos subjetivos, es decir, producen los efectos jurídicos determinados sobre un sujeto de derecho privado (el paciente). Al decir de Jeze, se trataría de "una manifestación de voluntad, en ejercicio del poder legal, que tiene por objeto constatar una situación general, . individual o hechos - con fuerza de verdad legal".

Por otra parte, se trata de un acto unilateral de la administración (por oposición al acto administrativo convencional) y que no pierde su carácter de tal por la notificación o el sentimiento o adhesión del particular o el control jerárquico que se efectúe.

A los efectos de una mejor ilustración podemos señalar que la notificación, se configura en el acto mediante el cual se pone en conocimiento del paciente o familiares la necesidad de intervención quirúrgica, el de asentamiento o adhesión, cuando el paciente- aun con información- no tiene la posibilidad de establecer fehacientemente por lo técnico-científico, el alcance del acto médico dispuesto, por ej. un determinado tratamiento terapéutico en lugar de otro; en cierto supuesto podrá darse un verdadero consentimiento cuando la aptitud cultural-científica del paciente permita inferir una aceptación voluntaria, v. gr. un paciente médico.

También es necesario señalar lo atinente a una clasificación muy común en el derecho administrativo, lo de actos simples y complejos atendiendo a la actuación de varios órganos o funcionarios, v. gr. l a orden del médico de guardia que ordena una resonancia nuclear, necesita el aval del jefe de guardia, el directos del Hospital y del ante social al que pertenece el paciente. Cada uno de los funcionarios o agentes limita su competencia y responsabilidad a su acto individual.

Por último, no queremos olvidarnos de una clasificación, de suma trascendencia en el análisis de las responsabilidades médicas, lo de los actos internos y externos. Los primeros son actos administrativos médicos que proyectan sus efectos dentro del establecimiento hospitalario. v.gr. la realización de un análisis en el laboratorio del hospital, en cambio los otros son aquellos cuyos efectos exceden el marco hospitalario, requieren autorización de la obra social sindical o deben, por su tecnificación v. gr. centros privados para la realización de estudios de resonancia nuclear, etcétera.

La ejecución de estos actos hace a la participación de médicos internos y en los otros supuestos, exceden su nivel de competencia y ejecución.

#### **4.5. ACTO DE REGISTRACION**

La ejecución de estos actos hace a la participación de médicos o legajo de los diversos actos administrativos señalados *ut supra* de la noción de registración.

El registro es entonces, el acto administrativo medical, por el cual el agente o funcionario público, mediante la forma prescripta en el ordenamiento jurídico administrativo, inserta actos, hechos, acontecimientos y todo evento, que considere necesario para establecer la correlatividad secuencial de los actos médicos en la vida del paciente desde la primera visita hasta que se le extiende el alta o fallece.

El acto de registro lo hace el profesional de oficio, aun cuando también puede hacerlo por pedido de otro colega, de un paramédico, del superior y hasta del propia paciente.

El tópico más importante es el efecto jurídico que produce el acto registrado, sostenemos que se le otorga fecha cierta, produce efectos frente a terceros -sin perjuicio de que se trata de una presunción *juris tantum* sujeta a impugnaciones -, científica la existencia del acto o hecho y si se tratase de opiniones o dictámenes, obtienen la calificación de razonabilidad científica hasta que se pruebe lo contrario.

Desde el punto de vista procesal, su apreciación debe ser para el juez de un elemento idóneo (al igual que los libros contables para el comerciante) ya que si no contiene defectos formales, produce prueba *per se*.

En cambio, si existieran falsificaciones o se hubiese extraviado - al igual que los libros de comercio- juega como una situación presuncional en su contra, sin perjuicio de las responsabilidades propias que le sean atribuidas como depositario - custodio de la historia clínica.

Por último, el control jerárquico, o el conocimiento de la consolidación del acto del inferior jerárquico, v.gr. el diagnóstico del médico de guardia, corroborado por el jefe del guardia o el director del hospital.

Dentro de esta caracterización -acto administrativo unilateral- podemos realizar algunas otras aproximaciones, respecto de que algunos se tratarán de actos preparativos, es decir los previos a un acto ulterior; en este sentido, pueden citarse los actos administrativos médicos que ordenen estudios previos, análisis, radiografías, etcétera.

La característica fundamental es que se trata de actos necesarios y causales de actos posteriores, condicionantes para el médico en cuanto la meritación de su responsabilidad.

Ahora bien, también hay que distinguir dentro de estos actos administrativos preparatorios, los principales, v.gr. un análisis de reacción alérgica, sangre etc., de los complementarios. por eje. la registración de datos de sus familiares directos, etcétera.

Nos queda en la última fase el acto administrativo medical definitivo que es el que ordena ala realización de la terapéutica u operación quirúrgica y luego el acto administrativo medical de ejecución. que obviamente son aquellos que dan cumplimiento al acto decisorio.

Esta secuencia de actos, y su calificación jurídica es sumamente importante porque puede tratarse de distintos facultativos que, pueden o no revisar la etapa medical - dependerá de las circunstancias fácticas de apremio o urgencia - pero que en principio -salvo error grosero- dan por sentada la verosimilitud del acto administrativo medical anterior, del agente público o funcionario que lo percibió, v.gr. los análisis de reacción alérgica para el anesthesiólogo.

#### **4.6. CONSOLIDACION DEL ACTO REGISTRADO**

El acto registral posee un disímil valor jurídico probatorio, si s encuentra: aprobado, autorizado, con sentido o visado, veremos seguidamente las diferencias.

En el primer caso, el acto de aprobación, es simplemente la declaración de voluntad que acepta como eficaz formalmente- sin revisar su contenido- del superior jerárquico, v.gr. el médico de guardia que obtienen la aprobación de su jefe de guardia, ambos tienen situación de competencia administrativa e idónea profesional, los dos requisitos necesarios para el acto de aprobación. La diferencia con el acto administrativo e visado o simple visado, es que el inmediato superior posee competencia administrativa, pero no idoneidad profesional. v.gr. en una unidad hospitalaria, el gerente administrativo que visa el pedido de autorización para la realización de una placa radiográfica. porque así lo dispone el régimen de autorización interna.

El acto administrativo de autorización, es aquella situación, por la cual se habilita a un agente o funcionario para ejercer un rol o función transitoria o definitivamente, v.gr. ante la ausencia del cardiólogo, en una situación de extrema gravedad y urgencia, la de un médico clínico a que realice el monitoreo en una operación quirúrgica. Esto es

sumamente importante y sucede asiduamente - o situaciones similares- para la evaluación de la responsabilidad.

Por último, el acto administrativo de consentimiento puede emanar del paciente o del funcionario jerárquico, lo que otorga al acto en sí y al médico que lo realiza una situación de seguridad que luego se traslada al campo de las consecuencias jurídicas.

En suma, este breve aporte puede ayudar a resolver situaciones que aparecen como confusas y dilucidan a la luz de su análisis en la relación de causalidad las cuestiones pertinentes a la reparación de daños.

#### **4.7. HISTORIA CLINICA DE ESTABLECIMIENTOS SANATORIALES PRIVADOS**

La cuestión aquí es radicalmente opuesta pues se trata de documentos privados, cuyo efecto probatorio en principio, es escaso o nulo, pues el médico no es agente o funcionario público, ni su tarea está en función pública estatal.

Sostenemos que el legajo o historia clínica puede asemejarse en su tratamiento jurídico a los libros de comercio, que con ciertos requisitos establecen una presunción a favor del comerciante. El problema sin embargo radica en que la ley marca una

serie de requisitos sobre la forma en que deben ser llevados los libros, pero en cambio la legislación sobre actividad médica no lo hace y esto, consideramos, es determinante.

Sin embargo, a pesar de esta última afirmación, pensamos que sin alcanzar el grado de presunción probatoria de la historia clínica hospitalaria, en el caso de los entes privados pueden tomarse ciertos recaudos, para establecer la razonabilidad de la misma y su poder judicial de convencimiento.

En primer lugar creemos que los actos decisivos en las historias clínicas, tendrían que estar ratificados por los jefes de equipo o directores sanatoriales, lo que brinda al acto medical, dos condiciones importantes, el uno científico, en cuanto a la corroboración de la técnica medical empleada para el diagnóstico o lo terapéutica y el otro formal o solemne, en el sentido de control gerencial, que demarca una actitud del ente para con la confiabilidad del paciente.

En las situaciones de operaciones quirúrgicas, entiendo que el ente sanatorial debe realizar un informe previo, insertarlo en la historia clínica, notificarlo al paciente y/o familiares y dejar debida constancia del consentimiento o asentimiento de ellos, con la suscripción de la historia clínica por le paciente.

En los actos operatorios, la registración firmada de la misma y su certificación notarial, como elemento de prueba indubitada para la reconstrucción histórica de los hechos, es conveniente.

En cuanto al alta, creemos que debe ser suficientemente fundada y explicativa, con notificaciones expresa al paciente, y en el supuesto de defunción, de igual forma y notificación a los familiares.

Para concluir creemos que estas pautas ayudarán a una mejor meritación de la historia clínica como prueba en el fuero judicial.

Resulta necesario hacer una última salvedad, respecto a aquellos casos en donde no es habitual la realización de historias clínicas, al no existir una obligación legal, no puede haber antijuricidad, sin embargo seguiremos insistiendo en que es un elemento de ayuda del profesional.

## **5. LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS MEDICO-ASISTENCIALES BAJO LA OPTICA DE LA PERSONALIZACION**

### **5.1. CONCEPCION ETICA DE LA RELACION MEDICO-PACIENTE**

El orden ético es preexistente y es valor incorporado al orden de convivencia social, se trata de un "conjunto de normas morales" que condicionan todas las relaciones en su contenido para que pueda cumplirse en ellas las finalidad teleológica.

El ejercicio profesional no puede escapar a esta premisa de valoración, sublimada sin duda, en las metas constitucionales y en el comportamiento organizado que demanda en el profesional una conducta de "lealtad y buena fe, frente a su paciente".

Sometimiento del ejercicio profesional a normas éticas y jurídicas"; así también en las I Jornadas Rosarinas sobre temas de Derecho Civil (1988), se insistió en que el ejercicio profesional entre otras notas características debe tener una "sumisión a normas éticas".

El ordenamiento jurídico dispone de numerosas normas que obligan a las partes de la relación médico- paciente a mantenerse en esa idea central ética de comportamiento.

Sin que esto implique un catálogo exhaustivo, queremos resaltar dos normas del Código Civil, que nos parecen trascendentes, los arts 1071 y 1198. El primero obliga a los que están culturalmente mejor dotados (art. 902) a desarrollar una actitud de prudencia y respeto en el desempeño de sus conducta en torno al comportamiento y ejecución de sus servicios profesionales.

El art. 1198 del Cód. Civil demanda una confianza recíproca como pauta de valoración en la sociedad.

Como ya podemos ir delineando, la conducta del médico al enmarcarse en estos principios, implica una protección para el consumidor del servicio de prestación médico-asistencial, entre lo cual se encuentra sin duda, su derecho a ser informado.

En los primeros capítulos de esta obra sostuvimos que la relación de servicio profesional de la medicina se encuentra atrapada en la normativa del art. 1628 del proyecto de unificación como localización de servicios, lo que no implica descartar que en determinadas situaciones pueda encuadrarse en otras figuras, con otra tipicidad e

incluso con atipicidad, verbigracia: pueda contratarse la obtención de resultados, etcétera.

Esta tipificación resulta importante, pues se enmarcan las obligaciones y derechos de las partes, lo que abordaremos en el acápite siguiente.

## **5.2. OBLIGACION EMERGENTE PARA LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA**

Se debe en primer lugar recordar que las conclusiones sobre la responsabilidad del ejercicio profesional, que debe tenerse muy en cuenta que la relación jurídica entre un profesional y un profano está sometida a criterios específicos que tienden a restablecer el equilibrio en cuanto es afectado por la superioridad técnica de aquel de lo cual se desprende que para restablecer la situación de igualdad debe brindarse al paciente una adecuada y eficiente información.

### **5.2.2. El deber de informar**

Hay una primera premisa que surge como interrogante, decirle la verdad a su paciente, no crearle falsas expectativas, ni magnificar sus problemas o patologías ni garantizarle el buen resultado de su gestión profesional.

Es interesante recordar la evolución que ha seguido la problemática, el profesional a la par de la prestación principal asume asimismo un conjunto de importantes deberes complementarios impuestos por la buena fe, entre otros, información, reserva, secreto profesional. En varias ocasiones se ha remarcado la necesidad de obtener información completa y el deber de información en los proveedores de productos o servicios.

La tendencia es sumamente clara y obliga a una actitud precisa del médico con su paciente y esto se halla reflejado en un sinnúmero de pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia.

Como se ya señaló en el ordenamiento jurídico contractual, la relación jurídica de servicios profesionales médicos es un contrato de confianza, y de acuerdo a su tipicidad una locación de servicio, una de cuyas obligaciones es la debida y adecuada información al cliente o sus familiares para que éste o aquellos puedan tomar una decisión pensada, meditada y razonada.

Resulta obvio que el sujeto obligado a la información se sitúa sociológicamente en un plano cultural de cientificismo, su saber, por otra parte, posee un lenguaje particular;

es imprescindible una adecuación de esa terminología científico-tecnológico-médica a un lenguaje simple, comprensible al hombre común.

El paciente o sus familiares deben poder no sólo comprender la información, sino que además en ella debe haber elementos para una adecuada reflexión y afrontar así una decisión.

Es importante distinguir sociológicamente al portador y al receptor de la información, pues la desigualdad es un derecho adquirido de la modernidad e irrenunciable en la posmodernidad, para luego evaluar el grado de cumplimiento o incumplimiento de este deber de información asumido por el profesional médico.

En cuanto al medio utilizado, debería imponerse en una futura reforma la modalidad escrita y suscrita por el profesional además de dejar constancia en la historia clínica.

La obligación contractual, legal y ética de información en sí y escindido de su contenido, es ya un resultado que deberá acreditar el profesional, de lo contrario existirá un presumido incumplimiento acarreado la responsabilidad.

En este sentido el médico deberá acreditar la información y la recepción por el paciente o sus familiares, lo que surge de los principios generales de colaboración contractual.

### **5.3. PROYECTO DE UNIFICACION DE LEGISLATURA CIVIL Y COMERCIAL**

Se puede ir ya delineando las notas finales de esta aproximación a tan difícil problemática.

El deber de informar, con las características de matices que acabamos de apuntar, implica para el profesional una obligación ética y jurídico contractual.

En el aspecto que aquí nos interesa, creo que resulta ser en sí misma una obligación ética y jurídico contractual.

En el aspecto que aquí consideramos, creo que resulta ser en sí misma una obligación de resultado (sin detenernos en el análisis del contenido), con lo cual se presume su responsabilidad subjetiva culpable culposa; pues su incumplimiento imposibilita al paciente o a sus familiares tomar una decisión razonada y razonable.

La situación, pienso, se ve agravada por lo dispuesto en la normativa específica del Código Civil Colombiano, que es suficiente fundamento para sostener que el incumplimiento debe ser calificado como doloso contractual, con las consecuencias en la extensión de la reparación que ello implica, además, obviamente, del daño moral.

#### **5.4. EL CONTENIDO DE LA INFORMACION**

Quiero sumar ideas en la elaboración de pautas o lineamientos de la obligación de informar pero en cuanto a su contenido y su relación con la responsabilidad por daño moral en función del incumplimiento de la obligación de informar, pero reitero, en cuanto a su contenido.

El contenido entonces de la información, implica que el diagnóstico y la terapéutica de curación, aceptadas por la medicina científica, considerada en función del tiempo histórico en que se avalúa. En este sentido los errores científicos de desconocimiento de las modernas corrientes del saber, constituirán una causal de responsabilidad, así lo entiende la jurisprudencia pacíficamente.

Sin embargo, en la temática procesal ello no implica que el paciente deba aportar la carga probatoria, en primer lugar, la moderna tendencia es que ambas partes del

proceso, conculquen con sus pruebas para que el juzgador pueda reconstruir históricamente la situación planteada.

En segundo lugar, el Juez tiene la obligación de haberse asesorar por medio de peritos y en virtud de ello, se expedirá sobre la orientación del contenido de la información cuando ello sea el objeto del pleito entre el paciente y el médico.

## CONCLUSIONES

El hecho de la violación del deber de información, constituye una falta en sí de la confianza depositada y violación al deber de fidelidad que todo profesional de la medicina tiene para con su paciente como primordial exigencia de conducta social e individual, dado su rol en la comunidad y su juramento hipocrático.

La gravedad de la violación ética y jurídica que esa conducta implica contrasta con la función teleológica del profesional de la medicina, que debe asumir a la luz de su posición en la sociedad.

La inclusión de esta problemática quiere simplemente presentar una arista espinosa y resistida, en la responsabilidad de los médicos, para dejar abierto el debate científico.

Los médicos, paramédicos, son seres humanos, con el mismo derecho a la preservación de su propia vida, como cualquier otro ser. El haber elegido una profesión con la consiguiente asunción de riesgos- propios de su función hospitalaria- no los convierte en suicidas, pues esto no sólo repugna la dignidad del hombre en sí mismo, sino los valores finalistas de la sociedad, como cuerpo.

Hay entonces, una primera idea básica, la preservación de la propia vida, puede sin duda fecundar los instintos de la legítima defensa y el estado de necesidad, porque el valor preservado subjetivamente es el bien máspreciado: la propia vida.

A ello se le debe sumar, que el derecho a trabajar, se diferencia precisamente de la esclavitud y el siervo -para marcar dos épocas y dos contextos -en que reconoce dignidad en la acción de trabajo y este apotegma, impone al empleador, la obligación

de no colocar al trabajador en la situación de riesgo, que tecnológicamente le asegure inmutabilidad de las condiciones esenciales de su ser, fundamentalmente la integridad física.

El derecho personalísimo a la propia vida es así una conquista retrasada en los tiempos históricos, pero real, incluso frente a otro ser humano.

## BIBLIOGRAFIA

**ATAZ LÓPEZ, Joaquín.** Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid, Ed. Montecorvo S.A. 1985, p.78.

**BUERES J, Alberto.** Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1979. P. 183.

**BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.** Responsabilidad Civil y otros estudios. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1984.

**CARDONA HERNÁNDEZ, Alfredo.** La responsabilidad médica ante la Ley. 3ª. Ed. S.p.i. 1987. P. 333.

**COIFFMAN, Felipe.** Texto de cirugía plástica reconstructiva y estética. Barcelona, Ed. Salvat, 1986.

**DOMÍNGUEZ DE MORA, Olga Victoria.** Responsabilidad médica en la legislación y jurisprudencia nacionales (tesis). Bogotá, U. Pontificia Javeriana, 1983. P.36.

**ECHEVERRY, Alfredo.** Tipos penales aplicables a la actividad médica, En: Rev. Chilena de Derecho. Vol. 13. Chile, 1986. P. 271.

**FERNÁNDEZ COSTALES, Javier.** El contrato de servicios médicos. Madrid (Esp.) Ed. Civitas. S.A., 1988. P. 169.

**MARTÍNEZ RAVE, Gilberto.** La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 7ª ed. Medellín. Bib. Jurídica Diké, 1993. P. 201.

**MAZEAUD, Henri y león – Tunc, André.** Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. 5ª ed. Buenos Aires, Ed. Jurídica Europa América, 1962. T.I. Vol. 2 p.166.

**MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo.** La culpa en la actividad médica. Imputación objetiva y deber de cuidado. 1988. P. 52.

**MOSSET ITURRASPE, Jorge.** Responsabilidad civil del médico. Buenos Aires, 1986.p.126.

**Olarte, S.F.; Aristizábal, G.H.; Botero, B.M.; Restrepo, C.J. Cirugía, Fac. de Medicina U de A, Medellín, 2ª ed. P. 463.**

**PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. 3ª ed. Bogotá, Ed. Temis, 1981. P.401.**

**PELÁEZ VARGAS, Gustavo. Manual de Derecho penal general. Medellín (Col.), Jurídica 1981. P. 178.**

**RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho administrativo general y colombiano 4ª ed. Bogotá, Ed. Temis. 1987. P. 338.**

**ROMEO CASABONA, Carlos María. El médico ante el derecho. La responsabilidad penal y civil del médico. Madrid, Pubs. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985. P. 73.**

**TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE la responsabilidad civil. T.II. DE los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis S.A., 1986. P.145.**

**VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Bogotá. Ed. Temis, 1987. 9ª. Ed.**

**YEPEZ RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. 4a Edición. Biblioteca Jurídica.**