

# APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 10 DE AGOSTO DE 2005 EXP. NO. 15178

DIANA CAROLINA NIÑO PRIETO

## TABLA DE CONTENIDO

### Contenido

RESUMEN.....	2
TEMA DE INVESTIGACIÓN .....	2
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	2
OBJETIVO GENERAL.....	3
OBJETIVOS ESPECIFICOS .....	3
JUSTIFICACIÓN .....	3
ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	4
MARCO TEÓRICO .....	6
FACTIBILIDAD.....	7
METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN .....	7
CRONOGRAMA .....	8
BIBLIOGRAFÍA.....	8
DOCUMENTO FINAL.....	9
INTRODUCCION.....	9
DESARROLLO .....	11
CONCLUSIONES.....	19
RECOMENDACIONES .....	21

## **RESUMEN.**

La responsabilidad médica es un tema que ha cobrado protagonismo en Colombia, debido a las problemáticas presentadas a diario como el pase de la muerte, la negligencia médica, la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos, por la falta de previsión, por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad y además de la situación actual de las EPS y el colapso en el cual actualmente se encuentra; en consonante con lo anterior podemos advertir que se han incrementado notoriamente las demandas por responsabilidad medica ya sean civil o administrativa.

Por ende el presente proyecto lo realizare con el fin de identificar y analizar el uso de los elementos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en especial en la falla en el servicio de actividad medica en la declaratoria de la responsabilidad administrativa del Estado en los procesos de responsabilidad médica por falla en la prestación del servicio público de salud, porque se han encontrado vaivenes jurisprudenciales en el debate probatorio por parte del demandante, el demandado o a quien le resulte más fácil probar, sobre los tres elementos de la responsabilidad (daño, falla en el servicio y nexo causal), por cuanto estos elementos deben ser probados .

Así mismo la responsabilidad es una consecuencia generada de una relación entre obligación y derecho, donde la primera tiene que ver con la persona que presta un servicio o cumple un mandato y el segundo corresponde no sólo a quien puede hacerlo valer por su condición personal como mandante, sino a quien se encuentra en una circunstancia específica y requiere ejercerlo. (SENTENCIA DE CONSEJO DE ESTADO EXP 15178, 2005)

## **TEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL**

## **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Cuál es la aplicación de la falla del servicio en actividad médica, establecidos por la jurisprudencia del consejo de estado colombiano en la construcción del juicio de

responsabilidad del estado por fallas en la prestación del servicio público en salud?

## **OBJETIVO GENERAL**

- Analizar la aplicación de la falla en el servicio en actividad médica en la declaratoria de responsabilidad del estado por fallas en la prestación del servicio de salud

## **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Describir los 3 elementos que estableció el consejo de estado en sentencia de 10 de agosto de 2005
- Analizar la sentencia de 10 de agosto de 2005 cuyo radicado es 68001-23-15-000-1993-09582-01(15178)

## **JUSTIFICACIÓN**

En nuestro país Colombia la problemática generada por la responsabilidad médica, es un tema que se ha venido debatiendo desde diferentes perspectivas jurídicas; aunque ha sido uno de los temas más estudiados por los teóricos del derecho, sin embargo existen pocas teorías construidas a partir de la realidad vivida en la actualidad.

la responsabilidad es una consecuencia generada de una relación entre obligación y derecho, donde la primera tiene que ver con la persona que presta un servicio o cumple un mandato y el segundo corresponde no sólo a quien puede hacerlo valer por su condición personal como mandante, sino a quien se encuentra en una circunstancia específica y requiere ejercerlo

Básicamente el cuestionamiento de fondo en este trabajo de investigación radica en identificar el empleo de los elementos que constituyen la responsabilidad médica establecidos por el Consejo de Estado en su sentencia de 10 de agosto de 2005 cuyo radicado es 68001-23-15-000-1993-09582-01(15178), igualmente establecer el conocimiento de la *lex artis* por parte de los profesionales médicos.

Por medio del análisis de dicha jurisprudencia de responsabilidad medica emitida por el consejo de estado colombiano, se busca generar nuevos conocimientos a los estudiantes y profesionales del ámbito jurídico referente a la declaratoria de responsabilidad administrativa y del juicio de responsabilidad del estado por falla en la prestación del servicio público de salud.

Es necesario expresar que el error es perfectamente lógico en cualquier actividad humana y la medicina no está exenta de éste, no es infalible. Pero el derecho a equivocarse es, también, una responsabilidad que asume el individuo. Sin embargo, hay una diferencia muy grande entre el error y la mala práctica médica y que esta se escude en que la medicina no es una ciencia exacta; porque se presume que quien la práctica es un profesional a quien se le exige una experiencia y una categoría, máxime cuando lo que debe proteger es nada menos que la vida de un ser humano., (RUIZ, LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA)

## **ESTADO DE LA CUESTIÓN**

La corte suprema de justicia en sentencia 3 de noviembre de 1997, señala que el profesional de la salud no se encuentra obligado a garantizar la salud del paciente pero si de brindar todo su apoyo en procura de su mejoría (JUSTICIA, 1997)

**WILSON RUIZ OREJUELA, "RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL" En: Colombia 2006. ed: ECOE EDITORES ISBN: 958-648-433-5 v. 2 pags. 220**

Desde otra perspectiva y a pesar de los avances tecnológicos que asombran cada vez más en el campo de la medicina para optimizar los procedimientos y procurar que la labor del médico y de su equipo sea más acertada, los eventos dañosos que siguen presentándose en los hospitales y centros de salud del Estado definen otra realidad: escasas de insumos, deficiencia de personal, inestabilidad laboral, reducción de honorarios, impericia en los procedimientos, descuidos y negligencia en la atención, carencia de recursos para modernización y mantenimiento, sobre oferta profesional y limitación en los niveles de complejidad para la prestación de servicios médicos, entre otros La jurisprudencia ha hecho múltiples intentos para que en los conflictos se esclarezca la verdad judicial y se indemnicen los daños ocasionados por las entidades del Estado que prestan este servicio (ORJUELA, 2006)

**ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA. "RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS", HAMMURABI, BUENOS AIRES, 1992**

En algunas especialidades se ha puesto en duda la naturaleza de la prestación que asume el profesional. Así por ejemplo en materia de cirugía plástica. Se sostiene que los cirujanos plásticos asumen obligaciones de resultado pues de lo contrario el paciente no asumiría el riesgo de la intervención. Por nuestra parte creemos que en todos los casos los profesionales médicos asumen obligaciones de medios pues el riesgo propio de todo acto médico siempre está presente. Ello sin perjuicio de que en determinados casos sea más Fácil probar la culpa profesional o que la extensión del consentimiento informado sea más amplia (FERREYRA, 1992)

**MARIO FERNANDO PARRA GUZMÁN, “CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MEDICA”, EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA., BOGOTÁ D.C- COLOMBIA, 2010**

La responsabilidad médica tiene su génesis en el ámbito general de la responsabilidad, que en efecto puede ser de orden civil, penal, o vinculada al estado cuando se trate de una institución médica de carácter público, José Manuel Fernández h, expresa que la “culpa medica consistirá en la falta de diligencia o previsión que acarree la infracción de alguno de los deberes médicos, en definitiva la culpa medica es la culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada lex artis o lex artis ad hoc. La responsabilidad del estado por procesos de mala praxis médica, en cuanto a que un profesional de la medicina está vinculado a un establecimiento que presta servicios de salud y de naturaleza pública, es indefectible determinar la responsabilidad del Estado, ya sea con fundamento en la noción de falla del servicio y en la cláusula general de responsabilidad prevista en la constitución política, artículo 90. (GUZMAN, 2010)

### **WILSON RUIZ, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA**

Con respecto a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito (RUIZ, RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA)

## **MARCO TEÓRICO**

**EN LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, BOGOTÁ D.C., SIETE (07) DE FEBRERO DE DOS MIL ONCE (2011), RADICACIÓN NÚMERO: 73001-23-31-000-2000-0573-01(22466).**

Aplicación de la teoría falla probada en el servicio médico

“De conformidad con la evolución jurisprudencial correspondiente a la falla en el servicio por responsabilidad médica, se concluye que actualmente el fundamento jurídico se ha cimentado sobre la base de la teoría de la falla probada, razón por la cual es el demandante quien debe acreditar los tres elementos de la responsabilidad (daño, falla en el servicio y nexo causal (SANTOFIMIO, 2011)

### **RESPONSABILIDAD MÉDICA - Carga de la prueba. Teoría de la falta virtual**

La teoría francesa de la falta virtual (faute virtuelle). Aunque no existe unanimidad en cuanto a su identificación con la presunción judicial lo cierto es que frente al resultado totalmente anormal, se traslada el punto de atención a las figuras ya tratadas por su parecido inclusive como presunción de culpa en todo caso en algunos eventos se le suma la presunción de causa, porque cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal se está en presencia de un modo de prueba elíptico conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

### **RESPONSABILIDAD MÉDICA - Carga de la prueba. Presunciones judiciales**

El último movimiento corrector de la prueba de la culpa médica en Italia parte de una sentencia innovadora que causó asombro entre los estudiosos, la número 6141 de la Corte di Cassazione Civile, de 21 de diciembre de 1978, la cual es considerada unánimemente como la piedra angular de la variación en el esquema probatorio de la culpa médica, y ha sido reiterada en sentencia del 16 de noviembre de 1988;

## **FACTIBILIDAD**

Para realizar el presente proceso investigativo cuento con fuentes cuento con fuentes principalmente de las leyes a continuación citadas

### **SENTENCIA DE 10 DE AGOSTO DE 2005 EXP. NO. 15178**

Falla en el servicio, daño y nexo de causalidad

**ARTICULO 90 DE LA CONSTITUCION POLITICA:** “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (CONSTITUCION POLITICA ART 90, 1991)

**LEY 14 DE 1962:** Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina.

**Ley 23 de 1981:** P<sup>1</sup>or la cual se dictan normas en materia de Ética Médica.

**Ley 1437 de 2011:**Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo el tiempo presupuestado para culminar con el trabajo de investigación es de 34 días a partir del 8 de noviembre hasta el 12 de diciembre.

## **METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

En este trabajo de investigación tomare como metodología y técnica las cuales se encuentren acordes con los objetivos planteados en la investigación por lo tanto se utilizará la metodología cualitativa y se partirá de análisis de fuentes documentales con lo cual se realizara relevamientos bibliográficos

---

<sup>1</sup> (LEY 14, 1962), (LEY 23 , 1981), (LEY 1437, 2011)

## CRONOGRAMA

INVESTIGACION	
ACTIVIDADES	
NOVIEMBRE	<ul style="list-style-type: none"><li>• Analizar sentencia</li><li>• Buscar bibliografía</li><li>• redactar</li></ul>
DICIEMBRE	<ul style="list-style-type: none"><li>• leer y analizar</li><li>• redactar</li><li>• enviar</li></ul>

## Bibliografía

444. (44). 44. 44: 444.

bara, n. j. *criterios para la configuracion de la responsabilidad medica*. santiago de cali. *CONSTITUCION POLITICA ART 90*. (1991).

CORTES, D. J. (s.f.). *RESPONSABILIDAD MEDICA Y ACTO MEDICO*. <http://www.revistaobgin.cl> .

falconi, d. j. (s.f.). proyecto de ley sobre la mala practica medica . *Revista Ecuador* .

FERREYRA, R. A. (1992). *RESPONSABILIDAD DE LOS MEDICOS*. BUENOS AIRES: HAMMURABI.

GARCIA, L. M. *RESPONSABILIDAD CIVIL DE MEDICO* . SEDE CARTAGENA: UNIVERSIDAD LIBRE.

GUZMAN, M. F. (2010). *CARGA DE LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA*. BOGOTA D.C: DOCTRINA Y LEY LTD.

JUSTICIA, C. S. (1997). *SENTENCIA 3 DE NOVIEMBRE*.

LEY 14. (1962).

LEY 1437. (2011).



LEY 23 . (1981).

Malaver, D. M. (s.f.). Obtenido de <http://www.geosalud.com>

ORJUELA, W. R. (2006). *RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL*. COLOMBIA: ECOE EDITORES ISBN PAG, 220.

responsabilidad profesional medica: diagnostico y perspectiva. (s.f.). [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl) .

RUIZ, W. *LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA*.

RUIZ, W. *RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA*.

sandoval, D. c. (2012). algunos interrogantes de la responsabilidad medica. *revista colombiana de anestesiologia* .

SANTOFIMIO, J. O. (07 de FEBRERO de 2011). SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO 73001-23-31000.2000-0573-01 (22466). BOGOTA D,C, COLOMBIA.

SENTENCIA DE CONSEJO DE ESTADO EXP 15178. (2005). COLOMBIA.

sentencia del consejo de estado, 68001-23-15-000-1995-00935-01 (14409) (sala de lo contencioso administrativo 11 de mayo de 2006).

sentencia del consejo de estado, 10001233100019960502601(18792) (sala de lo contencioso administrativo seccion tercera 11 de mayo de 2011).

[www.consejosdederecho.com.ar](http://www.consejosdederecho.com.ar). (14 de 12 de 12). Recuperado el 2014, de consejo de estado.

## **DOCUMENTO FINAL**

### **INTRODUCCION**

Hablar de la responsabilidad del Médico en los tiempos actuales es una tarea ardua. Se dice, con justa razón, que en los últimos 25 años la medicina ha experimentado cambios más extensos y profundos que en cualquier otra época de su historia En el cuidado de la salud el péndulo ha oscilado de lo individual a lo social; del énfasis en la curación al énfasis en la prevención; del ciudadano y de la comunidad -como sujetos pasivos- a su participación activa y critica; del trabajo individual al trabajo en equipo; y de la gran autonomía del médico a su sujeción a las normas establecidas por las instituciones en las que desempeña sus tareas.

los elementos axiológicos de la responsabilidad son: el daño, la culpa y el nexo causal. Sin embargo, algunos sectores de la doctrina moderna han propuesto una fórmula para superar aquellos elementos tradicionales, sosteniendo que ellos pueden reducirse a dos, a saber: (i) el hecho ilícito o antijurídico, y (ii) el daño que afecta un interés ajeno. Así, en tratándose de responsabilidad médica, será

antijurídico el daño, que el paciente no tiene la obligación jurídica de tolerar, particularmente por no ser inherente a su patología.

La culpa o negligencia ha sido definida como el error de conducta en el cual no habría incurrido una persona prudente en las mismas circunstancias que el autor del daño, o como la falta de previsión del resultado dañino previsible, o como la confianza imprudente en poder evitarlo.

Ahora bien, cuando el demandado es una entidad estatal, el elemento culpa es reemplazado por el título de imputación denominado “falla del servicio”, consistente en una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume, y no lo presta o lo hace de manera irregular en el espacio o en el tiempo. Pero el Consejo de Estado ha reiterado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo o del galeno involucrado, sino sólo cuando provenga de una conducta negligente o descuidada en el servicio.

Nexo causal es el vínculo que une, por una parte, la conducta del agente causante, y por la otra, el daño. Este elemento resulta esencial en atención a que, como se ha afirmado con buen juicio, “en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios...”, por lo cual se exige siempre la demostración del vínculo causal acudiendo a las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística.

En un lapso de tiempo la responsabilidad medica fue de medio y no de resultado como lo señalo la Corte Suprema de Justicia en ST 3 de noviembre de 1997, es decir el profesional de la salud no se encontraba obligado a garantizar la salud del paciente pero si de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Aunque el Consejo de Estado en jurisprudencia del 7 de octubre de 1999, “considero a la actividad medica como una relación jurídica compleja indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio. (GARCIA)

La responsabilidad médica es un tema muy importante en Colombia, por la falta de previsión, por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad y además de la situación actual de las EPS y el colapso en el cual actualmente se encuentra; en consonante con lo anterior podemos advertir que se han incrementado notoriamente las demandas por responsabilidad medica ya sean civil o administrativa.

El primer objetivo específico se enfoca en identificar desde la línea jurisprudencial de responsabilidad médica la aplicación de los elementos establecidos por el Consejo de Estado en los procesos adelantados contra el Estado por falla en la prestación del servicio público de salud.

El segundo objetivo específico se enfoca en analizar el conocimiento y empleo dado a los elementos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado

El método utilizado para el desarrollo de este proyecto fue la lectura aplicada en la jurisprudencia del consejo de estado en mención, artículos científicos y libros de teóricos nacionales del derecho.

## **DESARROLLO**

La responsabilidad médica puede derivarse desde 2 puntos de vista:

responsabilidad por el hecho propio o ajeno: “Cabe señalar que en relación con el acto médico propiamente dicho se señala los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, ya sea en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía lo cual no constituye una falla del servicio, es decir cuando estos resultados son atribuibles a causas naturales. Es importante resaltar que frente a tales fracasos, la falla del servicio deriva principalmente de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, y de todas las demás actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente”

Responsabilidad de la entidad prestadora del servicio público de salud “Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio **(sentencia del consejo de estado, 2011)**

En definitiva la culpa medica es la culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada lex artis o lex artis ad hoc. La responsabilidad del estado por procesos de mala praxis médica, en cuanto a que un profesional de la medicina está vinculado a un establecimiento que presta servicios de salud y de naturaleza pública, es indefectible determinar la responsabilidad del Estado, ya sea con fundamento en la noción de falla del servicio

El principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

La jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento "falla", presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio; acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero<sup>4</sup>; este fue el régimen conocido como de la falla del servicio presunta.

Al respecto, en Sentencia del 1º de julio de 2004<sup>2</sup>, dijo la Sala:

"Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento

y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Queda claro entonces, que en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, como sucede en el sub-lite, deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta, por lo cual, resulta procedente ahora, analizar cuáles hechos fueron probados en el presente caso (sentencia del consejo de estado, 2006)

El Dr. Rodrigo Villacís Molina, en un artículo publicado el 7 de julio de 2006 señala "Leo que está tramitándose en el Congreso un proyecto de ley sobre la mala práctica médica, y también la advertencia de algún lector, según el cual, si se lo aprobara, serían las compañías de seguros las más beneficiadas, porque los médicos se protegerían contratando con ellas; lo cual, a su vez, les daría un buen

pretexto para incrementar más sus honorarios, que ahora mismo son, en algunos casos abusivos”. (falconi)

La experiencia muestra que las demandas por responsabilidad médica, surgen ante el fracaso o la ruptura de la relación médico-paciente, más que de un daño o de un error médico inexcusable.

Esta relación se ha visto afectada por las transformaciones experimentadas en la asistencia médica, así como por cambios culturales en los actores del proceso asistencial.

Sin perjuicio de la existencia de otros elementos coadyuvantes (interés pecuniario, estímulo por otros profesionales, negación de una situación de invalidez o de la muerte), la demanda no suele resultar solo del daño, sino de un quiebre previo de la relación médico-paciente.

Por ello, el trato adecuado, la buena comunicación, la información suficiente y el Consentimiento Informado, son claves en la prevención

La Lex Artis es el criterio fundamental para determinar la existencia o no de responsabilidad médica, de tal manera que el centro argumental y probatorio en los juicios de responsabilidad médica, se ubica en el tema de si hubo cumplimiento o alejamiento de ella.

Esta categoría se refiere a la ejecución del acto médico en el marco de los criterios y formas de proceder, admitidos en determinado tiempo y lugar, es decir, en una situación concreta. No se trata de valorar cómo hubiera actuado el mejor médico en las condiciones ideales, ni siquiera si el acto médico se corresponde con lo propugnado por la escuela mayoritaria.

El concepto de Lex Artis se ha impregnado cada vez más de componentes éticos y es indisoluble de una buena relación médico-paciente. No es suficiente, entonces, el cumplimiento de los aspectos estrictamente técnicos.

A modo de ejemplo, una intervención quirúrgica correctamente indicada, oportuna y técnicamente bien ejecutada, no se ajustará a Lex Artis si no se cumple adecuadamente con el deber de la información (riesgos, alternativas terapéuticas), es decir si el médico no contó con un Consentimiento Informado.

Tampoco es posible afirmar que se actuó de acuerdo a Lex Artis, si no se registró adecuadamente el procedimiento en la historia clínica o si se infringió el principio ético y jurídico de la confidencialidad.

A medida que la autonomía de los pacientes se acrecienta, para la valoración de la Lex Artis pasa a tener mayor importancia, la observancia de los derechos de aquellos. (CORTES)

En materia de responsabilidad médica, la determinación del tipo de obligación a cargo del médico adquiere especial importancia a efectos de definir el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos eventos en que se produce un daño con motivo de la prestación del servicio de salud. Si bien es cierto que el tema acerca de la aplicación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el campo de la medicina ha sido ampliamente debatido en el ordenamiento jurídico colombiano, hoy en día no cabe duda sobre la preeminencia de la tesis mayoritaria según la cual, por regla general, la obligación que asume el médico en el ejercicio de su profesión es de medios y no de resultado. Sin embargo, esta tesis no fue acogida en todos los casos por el derecho colombiano. Del examen de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los textos doctrinales sobre la materia, fue posible evidenciar que, alrededor de esta temática, se han suscitado, desde hace varios años, grandes debates jurídicos que dieron origen a dos corrientes jurídicas contrapuestas: Una conformada por aquellos que hacen extensivo el tema de las obligaciones de resultado no solo a distintas ramas de la medicina, sino además a procedimientos o tratamientos médicos particulares, de los cuales, consideran, podría exigirse un resultado concreto, una garantía o un producto determinado; y otra corriente constituida por aquellos que pregonan que todo acto médico, sin excepción alguna, está circunscrito dentro de las obligaciones de medio y no de resultado

A pesar que estos encuentros doctrinales siguen vigentes, en las siguientes líneas no pretendo ahondar en el debate ni en los argumentos expuestos por los doctrinantes más destacados como representantes de cada corriente jurídica de medios y de resultado. El objetivo primordial del presente trabajo, no es otro que establecer una definición clara que precise el alcance y contenido obligacional que ha de asumir el médico, a partir de las definiciones más importantes extraídas de los textos de reconocidos tratadistas colombianos sobre la materia.

La responsabilidad médica derivada de los daños generados con ocasión de la prestación del servicio de salud, ha sido objeto de elaboración doctrinal y jurisprudencial durante varios años en Colombia. La práctica profesional de la medicina, definida como una actividad compleja en razón a los riesgos que aparece, no se encuentra exenta de generar daños o perjuicios de los cuales se pueda exigir reparación por vía judicial. Así, una de las especialidades de la medicina con mayor índice de demandas legales en Colombia, solicitando indemnizaciones por los perjuicios ocasionados en el ejercicio de la actividad médico-asistencial. (bara)

La responsabilidad médica se comprende como un bien que se articula los marcos obligatorios y de derechos; se encuentra vinculada tanto a la prestación de los servicios como a la protección de los derechos fundamentales, especialmente cuando, en la mayoría de los casos, se relaciona la práctica profesional con el goce de un derecho fundamental e inalienable como la vida. De esta manera, en el

caso colombiano, la responsabilidad médica no se queda en el marco puramente de lo ético y logra invadir el campo jurídico; por lo tanto, si el acto médico no se desarrolla en concordancia con los lineamientos establecidos por su disciplina, se verá comprometida la responsabilidad médica del profesional.

Para los autores, la seguridad del paciente es un problema vinculado al conjunto de acciones que rodean la prevención de lesiones practicadas por un profesional de la medicina, acercándose en algunos casos a la configuración de una mala práctica. No obstante, llama la atención que el concepto de error médico se toma de una publicación norteamericana denominada "Errar es humano", de 1999, donde se señalaba que la respuesta a los errores médicos debería estar encaminada a la consolidación de mejores sistemas de información, el fomento de la educación médica y la retroalimentación e implementación de guías para la práctica clínica, lo que posteriormente conduciría al establecimiento de legislación y reglamentación para mejorar la seguridad del paciente. Si bien las repuestas parecen resultar acertadas al problema general, queda la inquietud sobre la existencia de literatura nacional que comprenda, en el contexto nacional, el concepto de error médico, pues es posible que en el caso colombiano esta denominación tenga atributos diferentes de la conceptualización norteamericana. (sandoval, 2012)

Durante el ejercicio de la Medicina, hay momentos en donde el Médico debe tomar decisiones trascendentales, en especial en las situaciones de vida o muerte de un paciente; en éstas circunstancias el médico no se detiene a preguntarse si lo que se propone realizar pueda entrañar consecuencias legales, puesto que al hacerlo podría convertirse en un letal freno, que en última circunstancia sólo perjudicaría al paciente.

Sin embargo, el médico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables ética y legalmente-, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen. Aquí podría surgir una duda: ¿Ha extremado realmente los medios adecuados?, ¿Una sospecha puede justificar una denuncia judicial?. Uno de los derechos inherentes al ser humano es el Derecho a la Salud, que con mucha frecuencia se lo confunde con un Derecho a la Curación, pues el paciente cree que el derecho al Tratamiento debe involucrar necesariamente un resultado positivo.

En las actuales circunstancias y ante la proliferación de denuncias por MALPRAXIS ó NEGLIGENCIA, es necesaria una adecuada profilaxis para prevenir un gran número de estas acciones y evitar la tendencia creciente, que le quitará al médico toda voluntad de asumir responsabilidades, impulsándolo a pasarle la "carga" a otro, "para evitar o para salvar la responsabilidad"; pues si las cosas continúan así se contribuirá a desarrollar una "Psicosis de Miedo" y una

tendencia a mezclar riesgos legales con riesgos legítimos. ¿Quién puede negar que existen errores que parecen criminales únicamente a los ojos de quien nunca han estado en situación de cometerlos y que por lo tanto no pueden entenderlos?. Esto no implica eludir la responsabilidad sino por el contrario, afirmar que el ejercicio de la medicina significa un riesgo, pero un riesgo que tiene doble presupuesto de sustentación: ético y científico, que protegerán al médico de reclamos temerarios.

La protección Jurídica de la Salud y el respeto a la Dignidad Humana son las coordenadas básicas que regulan las cuestiones comprendidas dentro de la Responsabilidad Médica.

La Organización Mundial de la Salud define la Salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social" y no solamente como la ausencia de enfermedad o de invalidez.

El bienestar implica la adaptación integral del medio físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades. Ambos, Salud y Bienestar deben gozar de la Protección del Estado y del Derecho Peruano.

Como un bien jurídicamente tutelado: En el sentido de que todo daño que se produzca en la salud del individuo será sancionado desde el campo del Derecho Penal y reparado o indemnizado en el plano Civil.

Como valor: Frente al cual el Estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y rehabilitación, en los supuestos que la salud se altere por factores personales, socio ambiental, laboral, etcétera. (Malaver)

Los médicos pueden quedar sujetos a distintos tipos de responsabilidad, cada una de las cuales tiene un régimen legal específico. En primer lugar, la responsabilidad penal por "negligencia culpable" prevista en el artículo 491 del Código Penal. En segundo orden, la responsabilidad civil, ya sea de manera concurrente o autónoma al ilícito penal. A través de aquella, la víctima busca una reparación pecuniaria al daño ocasionado. En tercer lugar, cuando la negligencia médica acaece en un hospital público, corresponderá aplicar la responsabilidad administrativa del respectivo Servicio de Salud. Esta responsabilidad, según dispone el artículo 38 de la citada Ley, se basa en la "falta de servicio", expresión que ha sido entendida como una responsabilidad objetiva, pero que en otros casos se ha conceptualizado como subjetiva. En realidad, el problema es más semántico que real, pues en los casos en que se ha entendido como objetiva, es fácil advertir la existencia de una negligencia<sup>2</sup>.

**La responsabilidad penal.** La responsabilidad penal busca sancionar con una pena privativa de libertad al médico que se ha apartado de su *lex artis* en la ejecución del acto médico. Sin embargo, es inusual que un médico sea privado de



libertad por una sentencia condenatoria. En el peor de los casos han accedido a una forma alternativa del cumplimiento de la pena o beneficios carcelarios, pues suelen beneficiarse de atenuantes como la irreprochable conducta anterior. Con la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, la persecución penal de los médicos por actos negligentes debiera ir en franca retirada. Antes de la vigencia de esta reforma, era usual que los abogados buscaran "criminalizar" los actos de los médicos para exigir la indemnización civil en el mismo proceso penal. Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal restringe en forma significativa la posibilidad de intentar la acción civil en el proceso penal. Por consiguiente, es posible vaticinar que los problemas de responsabilidad médica serán conocidos por los jueces civiles más que por los jueces penales. Esta política criminal es muy acertada, atendido que no es eficiente la persecución criminal de las actividades profesionales al generar un aumento de los costos de la atención sanitaria.

**Responsabilidad civil.** Al igual que en la mayoría de los derechos extranjeros, la evolución de la responsabilidad médica está marcada por la búsqueda de una indemnización en dinero. Aunque parezca curioso, para determinar las reglas aplicables a los médicos, es necesario distinguir si el acto médico fue ejecutado en un hospital público o en el marco de la profesión liberal. Tratándose de un hospital público existirá responsabilidad si puede calificarse la actuación como "falta de servicio". La Ley N° 19-966 de 2004, conocida como "Ley del Auge", consagra reglas particulares para las negligencias médicas acaecidas en hospitales públicos. Aquí el paciente adquiere la categoría de usuario de un servicio público. No existe una relación contractual entre el paciente y el médico tratante, que a su turno, es un funcionario público. Por el contrario, en el ámbito privado, la relación entre el paciente y el médico y, asimismo, aquella entre el paciente y la clínica o establecimiento privado de salud, constituye un vínculo contractual de derecho privado.

Este doble tratamiento de la responsabilidad médica no se justifica. El derecho debería responder con las mismas reglas, ya sea que el acto médico tenga lugar en un hospital público o privado. No existen razones válidas para justificar este tratamiento desigual. Además, se crea una incertidumbre innecesaria para los destinatarios de las normas, afectando la seguridad jurídica.

**Responsabilidad contractual y extracontractual** Todavía para que el asunto sea aún más complejo, existen reglas distintas según exista un contrato entre el paciente y el médico o no se haya trabado una relación contractual precedente. En el primer caso, se trata de la responsabilidad contractual y en el segundo de aquella extracontractual. También se rigen por reglas distintas. No es lo mismo causar un daño a un paciente con quien se ha celebrado un contrato -el cual puede ser de palabra o por escrito- que la situación en que el médico, por ejemplo, atiende de urgencia al paciente y no hay acuerdo contractual. Este doble tratamiento también resulta criticable. Nada justifica la existencia de reglas

distintas para la indemnización de los perjuicios ocasionados según exista o no contrato entre el paciente y el médico. Por lo mismo se propone unificar las normas aplicables a la responsabilidad médica, sin importar si la negligencia tuvo lugar en un hospital o en una clínica, ni tampoco si existió o no contrato. Un sistema uniforme permitirá a los destinatarios de las normas conocer los riesgos que enfrentan en el evento de un resultado adverso.

**La culpa y el error médico.** Un médico debe responder cuando su conducta se califica de culpable. La culpa constituye un elemento esencial para que un médico quede obligado a indemnizar al paciente. Por eso es usual señalar que los médicos tienen "obligaciones de medios" y no de "resultados", ya que comprometen hacer todo lo posible por lograr una curación, pero no aseguran un resultado específico.

El médico puede ser culpable, de una parte, por incumplimiento de la obligación de informar, lo que implica la realización de un acto médico sin un consentimiento informado del paciente y, por otra, puede ocurrir que el acto terapéutico no sea realizado de una manera correcta (responsabilidad profesional medica: diagnostico y perspectiva)

Estos conceptos fundamentaron esta investigación ya que me apporto ideas claras y concisas de cada elemento que constituye la responsabilidad médica

- **RESPONSABILIDAD MEDICA:** Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. Responsable es quien tiene legalmente el deber de reparar un daño, aun si no lo causo de manera directa o material. En el caso de la actividad medica son responsables todos aquellos involucrados directa o indirectamente en la ocurrencia del daño, tales como el médico, la clínica u hospital, los auxiliares, las aseguradoras, EPS's, las instituciones prestadoras de salud – IPS's (vicent, 2009)
- **FALLA DEL SERVICIO:** se entiende como un comportamiento contrario a las normas que gobiernan el funcionamiento de la administración, ya como funcionamiento defectuoso del servicio, ya como violación de una obligación administrativa (vicent, 2009)
- **NEXO CAUSAL:** El nexo causal es el vínculo que existe entre la víctima y el autor del hecho dañino y que es requisito indispensable para que se establezca la responsabilidad extracontractual. Así, el artículo 1985<sup>o</sup> dice que debe existir una relación de causalidad (vicent, 2009)
- **DAÑO:** Es el perjuicio o la perdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento (vicent, 2009)

- **OMISION:** La omisión propia es el delito omisivo común, es decir, no realizar la acción debida para proteger un cierto bien jurídico que se halla en situación peligro (no provocado obviamente por el omitente). La omisión impropia o comisión por omisión supone la consideración de una conducta omisiva como activa a efectos penales, esto es, considerarte atacante activo del bien jurídico que por tu omisión ha sido dañado. Esto sucede en ciertos supuestos en que, por el especial deber de responsabilidad del sujeto activo, se entiende que su conducta pasiva posee tal gravedad que equivale penalmente a un delito activo. (vicent, 2009)
- **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:** Principio de derecho constitucional según el cual el estado responde por los daños antijurídicos que le sean imputables por causa u omisión de las autoridades públicas (vicent, 2009)

## **CONCLUSIONES**

El precepto constitucional previsto en el artículo 49 de la constitución política de Colombia que estipula que el estado tiene la obligación de prestar el servicio de atención en salud para lo cual puede recurrir además a la prestación del servicio por entidades privadas tiene un profundo impacto en el régimen de responsabilidad médica.

Ya de entrada se advierte la existencia de dos regímenes: uno de responsabilidad médica civil en la cual la competencia la tiene la sala de casación civil de la CSJ y otro de la responsabilidad médica administrativa cuya jurisdicción competente es lo contencioso administrativo, sala tercera del concejo de estado como se ha manifestado alrededor del documento.

Pero no solo en el ámbito de la competencia se presentan diferencias, también en la naturaleza de la relación entre el usuario y la entidad, pues, mientras la responsabilidad médica civil es una responsabilidad contractual, la administrativa es extracontractual. Mantener esto presente es fundamental pues la imputación jurídica es diferente en uno y otro caso, así como el régimen aplicable al médico.

Solo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial

El consejo de estado manifiesta que la ruptura de la relación médico paciente aparece desde que los galenos cambiaron a sus a pacientes por “masa de pacientes` grandes cantidades de éstos, tiempo de atención limitado, exiguo, necesidades económicas, atención excesiva en las obras sociales por carencia de personal médico y materiales en los hospitales que se encuentran abarrotados de gente, sin poder asistirlos de forma adecuada, etc.

La evolución de la medicina con enormes avances científicos y técnicos también ingresó en un nuevo momento histórico – social de raigambre neoliberal done la salud también abraza el libre mercado.

El médico también para mantener su estado de vida debe atender numerosos pacientes.

En este perverso sistema médico-paciente, las dos partes se envilecen y los pacientes reciben resultados que nada tienen que ver con los que obtenían hace años, donde había una relación con el médico que conocía a toda la familia a veces, y sino que por lo menos atendía al paciente siempre y con mucho tiempo.

Hoy hay dos miedos que imperan: el del paciente de ser mal atendido y el del médico de ser demandado por mala praxis médica, empujando así al médico a uso peligros a medicina defensiva en detrimento de la salud de los pacientes.

Los infinitos medicamentos de los laboratorios han fragmentado todavía aún más esa relación médico-paciente.

Existe así un desplazamiento del compromiso que el médico tenía con el paciente al compromiso que hoy tiene con las grandes obras sociales, con sus empleadores, creando así un entuerto bioética, valorizando más el capital empresario que la capacidad académica de sus colegas.

La medicina empresaria de mercado ve al paciente como un objeto de ganancias puras, tratándolos como si fueran mercaderías. Los médicos compasivos y sensibles corren el riesgo de ser eliminados de las famosas listas de muchas prepagas, por utilizar tratamientos costosos, mientras los otros son premiados por utilizar determinados tratamientos.

Es sabido por todos los premios, como viajes al exterior, que dan a veces los laboratorios a los médicos por recetar determinados medicamentos.

En el otro extremo, vemos que las entidades sin fines de lucro, se ven forzadas a abandonar la docencia, la investigación y la medicina preventiva a las personas humildes.

La medicina de mercado se aleja del debido cuidado, la eficiencia y la equidad. Las medicinas prepagas deberían ser legisladas y penalizadas con dureza en el caso de perjuicios a terceros. ([www.consejosdederecho.com.ar](http://www.consejosdederecho.com.ar), 12)

Desde otro punto de vista las obligaciones que el médico tiene con sus pacientes no se derivan de la ideología, la historia o la sociología de la profesión ni deben estar influidas por el hecho de que la retribución por su servicio sea directa o indirecta; se derivan del impacto de la enfermedad sobre la condición humana, de la vulnerabilidad de la persona enferma, de su necesidad de ser amparada y de la naturaleza intrínseca de su relación con el médico.

A su vez en este proyecto de investigación quería probar la temporalidad del ser humano como parte de la investigación es importante, ya que no sólo muestra al sujeto en un momento determinado de la historia o desde un punto de vista positivista sino que desde la eidética, es decir, que no se basa simplemente en los materiales obvios sino que ahonda en la esencia de los individuos y situaciones propuestas para la investigación.

En conclusión la investigación Histórico-hermenéutica promueve agentes de cambio, personas independientes capaces de promover una nueva propuesta de educación donde el docente pasa de ser el que manda en una clase a ser el que la guía y la proyecta hacia el punto al que se tiene que llegar dependiendo de los temas y el conocimiento que se quiera transmitir.

En este trabajo de investigación quise plasmar los diferentes puntos de vista de autores, catedráticos hasta los mismos protagonistas del tema en debate y quiero terminar estas conclusiones con unas pequeñas recomendaciones para que los estudiantes que están en su proceso de aprendizaje tengan en cuenta

## **RECOMENDACIONES**

- el consejo de estado en su línea jurisprudencial de responsabilidad medica, debería ser más específico en el estudio de los tres elementos establecidos para estos procesos.
- Que se cree un control por parte del órgano competente para vigilar el cumplimiento del aprendizaje de la cátedra que se imparte en las universidades que cuentan con la facultad de medicina acerca de las causas que conllevan una mala praxis.