

ESTUDIO DE CASO: SERVICIO MÉDICO EN CIRUGÍAS EN QUE INVOLUNTARIAMENTE SE DEJA MATERIAL QUIRÚRGICO, EN EL CUERPO DEL PACIENTE

Leyda Xiomara-Álvarez Fonseca¹

Resumen

Al margen de la legislación colombiana, la consolidación de un sistema normativo que efectúe el tratamiento jurisprudencial respecto a la responsabilidad médica estatal en cirugías en las que se dejan de manera involuntaria oblitos quirúrgicos que puedan afectar la estabilidad física, psíquica y emocional del paciente intervenido, puede resultar no ser plenamente satisfactoria, se pretende identificar la falla del servicio y responsabilidad estatal, cuando el sujeto de derecho es intervenido a través de una cirugía.

En este contexto emerge el servicio médico o de salud como un derecho humano, del cual constituye el objeto de análisis a partir de los preceptos de la responsabilidad estatal, la atención y responsabilidad médica y los derechos fundamentales y básicos del paciente.

Palabras Clave

Tratamiento jurisprudencial, Responsabilidad estatal, Oblito quirúrgico, Materiales quirúrgicos.

Abstract

Apart from Colombian legislation, the consolidation of a regulatory system to provide for the case-law treatment of State medical liability in surgeries where surgical and non-surgical materials that may affect physical stability are left unintentionally. The psychological and

¹Abogada Universidad Santo Tomás. Especialista en Instituciones Jurídico Penales, Universidad Nacional. Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Nacional. Correo electrónico: lexialfo815@gmail.com

emotional state of the intervened patient may not be fully satisfactory, it is intended to identify the failure of the service and state responsibility, with the subject of law, is intervened through surgery.

In this context, the medical or health service emerges as a human right, from which it is the object of analysis based on the precepts of State responsibility, medical care and responsibility and the fundamental and basic rights of the patient.

Keywords

Jurisprudential treatment, State responsibility, Surgical materials.

Introducción

En consideración a que la salud es un servicio básico para los sujetos y por ende, pilar de un estado social de derecho, y debido a que en diferentes ocasiones se ha identificado una falla estatal por responsabilidad médica, por circunstancias de error humano, en las que algunos pacientes se han visto afectados cuando son sometidos a cirugías, en las que involuntariamente se deja material quirúrgico en su cuerpo, con el consecuente riesgo para su salud, su integridad y su vida.

En este escenario es necesario analizar y determinar la responsabilidad del estado según los daños causados en la prestación del servicio del médico o cuando son vulnerados otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que la actividad médica genera una obligación de medio y no de resultado, por lo cual, la labor profesional ha de desarrollarse con diligencia y cuidado, sin que se le pueda culpar de un desenlace fatal, siendo necesario informar los riesgos y no generar falsas expectativas en el paciente y su familia.

La responsabilidad del estado en el objeto bajo estudio, es de vital importancia en vista de que se trata de proteger al ser humano en relación con su entorno, y debe ser estudiado por el médico quien está en la obligación de brindar un diagnóstico oportuno, con el fin de adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes.

Además de lo anterior, cobra relevancia mencionar que hay situaciones que son impredecibles al momento de tratar a un paciente antes, durante y después del procedimiento quirúrgico, que da como resultado un deterioro en el estado de salud, a pesar del conocimiento médico, equipos de alta tecnología y de los suministros con los que las instituciones de salud cuentan. Por lo hasta aquí mencionado, es pertinente profundizar lo relacionado con la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico en cirugías con oblito quirúrgico.

Por lo que se pretende determinar, ¿cuál ha sido el tratamiento por falla en la prestación del servicio de salud en cirugías en las que se deja material quirúrgico en el cuerpo del paciente?

Es así, que se hace necesario analizar la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico en cirugías, en las que de manera involuntaria se deja material quirúrgico en el cuerpo del paciente, realizando un análisis jurisprudencial de cara a los pronunciamientos de las altas cortes como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por tanto, se utilizará una investigación básico jurídica y bajo una metodología cualitativa con técnica de investigación documental, así con ello identificar la estructura de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio de la administración pública al interior de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y determinar cómo se da la falla en ocasión de cirugías en las que de manera involuntaria se deja material quirúrgico en el cuerpo del paciente.

RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL POR FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO POR OBLITO QUIRÚRGICO EN COLOMBIA

Según la teoría jurisprudencial sobre la falla médica, esta se mide a través de varias teorías o supuestos que pretenden probar la responsabilidad por parte del estado, siendo la primera la falla probada del servicio, la falla presunta del servicio², el criterio de daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial estatal³, el concepto de carga dinámica de la prueba⁴ y la presunción de causalidad⁵, (Briceño y Vega 2011).

Siendo pues la responsabilidad desde el punto de vista del derecho es la asunción de los efectos jurídicos por una conducta impropia, que causa un detrimento patrimonial o extrapatrimonial, pero *“económicamente apreciable a la víctima o sujeto pasivo de dicha alteración, con la consecuente obligación del victimario de resarcir tales perjuicios”*. (Ruíz, 2004)

Ahora bien, la responsabilidad tiene su origen en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, que contempla: *“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 a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido*

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., 30 de julio de 1992. Expediente N° 6897. Reafirma el régimen de falla presunta. A lo largo de esta sentencia se planteó: *“quien en mejores condiciones está para probar que no se actuó de forma negligente o descuidada es la entidad hospitalaria, por tanto, es ésta quien tiene que ir al proceso a demostrar la diligencia y cuidado, puesto que las circunstancias conforme ocurren los hechos en el acto médico, con el paciente sedado o dormido, en un quirófano, hacen imposible que este pueda probarlos”*.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Expediente N. 22464 *“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”*

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086 de 2016. *“Ciertamente es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito”*

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 52001-23-31-000-1995-07008-01(18348). 23 de junio de 2010. C.P. GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Según la jurisprudencia de la Sala, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del núcleo familiar más cercano, pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste permite presumir el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas que indiquen o demuestren lo contrario.

consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.”

Así, la responsabilidad médica se inserta en nuestro ordenamiento jurídico a través de la relación directa que existe con la vida, la salud, la integridad física y psicológica de las personas, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los demás derechos fundamentales que se encuentran inherentes en cada ser humano. (Sentencia C-336, 2008) *“En el campo del derecho administrativo, la responsabilidad de la administración se genera por actos, operaciones o vías de hecho, con tal que estos causen un perjuicio que el administrado no esté en la obligación jurídica de soportar”*. (Ruiz, 2006, p. 31)

Bajo este contexto, es en la medicina donde quizá el Estado ha asumido una mayor responsabilidad y vigilancia como quiera que, a diario acuden muchos pacientes solicitando servicios y procedimientos que en ocasiones no resultan como se quisiera debido a actos médicos indebidos o negligentes causados por sus profesionales, que generan fallas como en el caso concreto de las cirugías en que se deja involuntariamente material quirúrgico en el cuerpo del paciente, causando detrimento patrimonial del Estado en cabeza de quien está enmendando económicamente los perjuicios ocasionados al paciente-víctima, ya sean de carácter físico, fisiológico, moral, psicológico psíquico, que están relacionados con la vida, la salud, la integridad física, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los demás derechos fundamentales inherentes al ser humano.

Según la sentencia C-333 (1996) la Honorable Corte Constitucional establece que:

“La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.”

Con base en ello, el estado puede declararse responsable patrimonialmente respecto de los daños causados por la omisión o prestación deficiente del servicio médico, atendiendo a que dichos daños sean producto de tal omisión o deficiencia, lo cual genera que el paciente no mejore o recupere su salud, la atención no se brinda en debida forma, o cuando son vulnerados otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, (Sentencia del 28 de abril de 2010). Consejo de Estado. Sección Tercera. (1967). *Sentencia de 28 de abril*. M. P. Carlos Portocarrero Mutis.

Mediante sentencia del 18 de febrero de 2010 se señaló;

“(...) la salud es un servicio público esencial y un derecho de carácter fundamental prestacional, en principio a cargo del Estado y, por ende, desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas al margen del escenario público en que sean proferidas y de los instrumentos jurídicos en que estén contenidas tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, imputables en cabeza de la organización pública”

La responsabilidad en sí misma se subdivide en, *“Subjetiva, fundada en la noción de la culpa. Objetiva, atiende sólo al daño. Simple, proviene del hecho personal del autor del daño. Compleja, proviene del hecho ajeno, cosa o animal, que por ley nos hace responsables al estar al cuidado de éstos. Contractual, obligación de indemnizar por incumplimiento de obligaciones. Extracontractual, genera la reparación de un daño por un hecho acontecido sin que medie contrato”*. (Ruiz, 2006).

En lo que tiene que ver con la responsabilidad médica estatal por falla en el servicio⁶, se aplica la subjetiva⁷ concerniente a la culpa (o falla en el servicio); y la objetiva⁸, atendiendo al hecho dañoso que el particular no está en obligación de soportar y que es originado por la administración; es así que la responsabilidad médica estatal es en la que incurre el personal médico de una entidad pública (E.S.E) cuando son negligentes y no tienen el cuidado necesario en la atención a sus usuarios, ocasionándoles un daño el cual debe indemnizar el Estado como garante de los derechos de los ciudadanos.

La Ley 23 de 1981 prohíbe al médico comprometerse más allá del riesgo previsto, en donde la obligación de resultado se da en el caso que el galeno garantice dicho resultado, a pesar de estar prohibido por el código de ética médica; cuando no informa los riesgos; y, cuando genera falsas expectativas en el paciente.

1.1 ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL

Según (Ruiz, 2006) la responsabilidad administrativa surgida con ocasión a la actividad médica consta de tres elementos:

Falta o falla en el servicio

Es la acción irregular (defectuosa, tardía, o acciones u omisiones que produzcan daño) por parte de la Administración que transgrede derechos jurídicamente tutelados. A diferencia del

⁶ LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA FALLA MÉDICA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD A LA LUZ DEL ERROR INEXCUSABLE A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO. Quintero Lopera A. Valbuena Uribe A. Cárdenas Gómez J. “*La falla del servicio se comprende de la prestación de un servicio estatal, en el cual al no ser prestado de forma debida genera un daño, del cual es el Estado quien debe responder cuando es causado por un agente suyo o por aquel que realice actividades delegadas por el mismo lo cual configura un nexo causal de responsabilidad, de ello se desprende que son aquellos servicios que el Estado está en el deber de realizar o aquellos que por deber de garante están a su cargo, los cuales en algunas circunstancias lo hace a través de ciudadanos o por medio de entidades idóneas para prestar dicho servicio.*”

⁷ Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes. González Noriega O. P. 81 “*Es la llamada Culpa, Falta o Falla del servicio. Se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado en forma tardía. Se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público.*”

⁸ Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes. González Noriega O. P. 81. “*En este tipo de responsabilidad no entra en juego la falla del servicio. Se debe probar: El hecho y el perjuicio causado por el hecho*”

derecho común donde la culpa es de carácter subjetivo (imputable a un individuo), la falla en el servicio puede tener ocurrencia por culpa o falla funcional, orgánica o anónima.

Daño

Es el fundamento del restablecimiento patrimonial. Es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil y administrativa, sin cuya existencia o demostración no cabe indemnización alguna. En el campo de la responsabilidad médica, los daños sólo se podrán causar a las personas naturales que se materializan en el cuerpo o en la salud y son graves porque limitan la vida normal del paciente. Según la ley existen daños materiales o patrimoniales, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante que afectan bienes de contenido económico; y los daños inmateriales o morales, los que la jurisprudencia administrativa llama daño a la vida en relación, psicológicos y estéticos que no tienen contenido económico.

Relación de causalidad

Debe existir entre la actuación imputable a la Administración y el daño causado. Para que exista esa relación de causalidad, el hecho debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto e idóneo para causar el daño. “La expresión **causalidad** es sinónimo de nexo material e imputabilidad para efectos de la reparación o indemnización”. (Sentencia Consejo de Estado, 2002) (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Los anteriores elementos estructurales también los contempla la jurisprudencia al señalar que el régimen de la falla en el servicio demanda 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, y/o equivocada 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. (Sentencia de mayo 11 de 2006).

Es decir que para contemplar la relación causal debe existir una coerción entre las acciones causales y el daño proferido, éstos deben ser contemporáneos el uno con el otro y debe demostrarse una comprobación paralela del tiempo, en ocurrencia de los hechos, se debe precisar el daño según la concurrencia de las acciones presentadas, siendo que el médico tiene una responsabilidad de medio pues pone toda su diligencia y cuidado para la consecución de un fin sin que por ello se esté comprometiendo a conseguir el mismo, es decir, se compromete a realizar una determinada conducta y no el fin que persigue.

Responsabilidad Extracontractual

Es la que se genera sin que exista previamente un contrato, no implica una relación preexistente. Se produce al no cumplir determinados deberes sin intención de producir el daño causado. La base de toda falta médica es la negligencia y no previsión, así como el abandono de los deberes profesionales. Si se trata de exigir una reparación por mala conducta del médico, se debe demostrar que existe el daño, pues sin este no es posible resarcir económicamente.

La obligación contractual o extracontractual del médico, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo sino proporcionarle los cuidados que requiera. Al respecto la ley determina:

“Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico” (Ley 23, 1981).

Responsabilidad Contractual

Aquella que se deriva de una relación previa entre el médico y el paciente, a través de un contrato, cuando el médico se compromete a llevar a cabo su labor profesional (de medio). En virtud de esto, las instituciones deben cumplir de forma segura con el cuidado pues su obligación

no es la misma que la del médico, sino que es de resultado (alojamiento, alimentación, transporte, cuidado, medicamentos), es por ellos que casi en todas las entidades prestadoras de salud sean privadas o públicas, hacen firmar al paciente cláusulas de exoneración de responsabilidad al momento del ingreso por cualquier daño producido por el acto médico.

-Responsabilidad Subjetiva:

Se da si se tiene en cuenta el valor moral y social del acto médico, y si existe culpa o no del autor, o sea, se valora la conducta del médico en su quehacer diario. Pues en esta las consideraciones previas y posteriores del comportamiento ético político de la labor del personal de salud, asistente y encargado del periodo quirúrgico, dan a establecer si en la conducta de estos existe una responsabilidad directa e intencionado, referente al caso de juzgamiento.

- Responsabilidad Objetiva

En la responsabilidad objetiva se pretende que la institución y la persona encargada de producir de manera deliberada o no el daño, sean responsables de cubrir la reparación y la condena, de los daños otorgados a través del comportamiento y acciones de involuntariedad en el proceso operatorio que hayan efectuados cambios y consecuencias en cuerpo del paciente. Según Ruiz si lo que busca es la persona o institución capaz de asegurar la reparación y la condena, por el sólo hecho de que el daño ha sobrevenido en ciertas circunstancias, sin importar juzgar la conducta del médico. (Ruiz, 2006)

1.2 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

El señalamiento (Orjuela, 2016) permite determinar que dependiendo de la actividad médica sea vista o relacionada como obligación de medio o resultado, podría transformar la forma de exoneración. Si esta es considerada como una obligación de medio, el médico se exonerará de toda culpa probando la diligencia y cuidado que tuvo; y, si la obligación es considerada de resultado, el médico se exonerará probándolo a través de distintos mecanismos.

- ***Fuerza Mayor y Caso Fortuito:*** atendiendo a la primacía de que esta dependerá siempre y cuando sean irresistibles y previsibles los daños causados por la conducta médica. Pero teniendo en cuenta que, en el derecho administrativo colombiano, el caso fortuito no exonera de responsabilidad, como lo es en el derecho civil.
- ***Culpa Exclusiva de la Víctima:*** esta se determina demostrando que los daños que experimenta el paciente han sido por responsabilidad o descuido, siendo la propia persona que causa el daño en su cuerpo o salud.
- ***Hecho de un Tercero:*** Cuando se pueda establecer que ha sido un sujeto externo al personal médico quirúrgico, al paciente que ha determinado o causado el daño, esta se identifica como una persona ajena a la relación médico-paciente quien propicia el malestar o perjuicio.

Queda a consideración el surgimiento del régimen de la falla presunta, que invierte la carga probatoria en cabeza de la entidad demandada, presumiendo de tal manera un rigor científico en la prueba del servicio médico que sólo el ente asistencial accionado a través de sus profesionales médicos puede explicar en juicio, debiendo acreditar el demandante el daño y el nexo causal y el demandado, en su defensa, que actuó con la mayor pericia y diligencia en los procedimientos suministrados al paciente. Así lo sostuvo el alto tribunal de lo contencioso administrativo a partir del año 1992. (Orjuela, 2016)

Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado se hace necesario que el legislador y los administradores de justicia definan de manera conjunta, procedimientos y mecanismos que permitan tener claridad sobre la responsabilidad del estado, las entidades de salud y los profesionales médicos en casos en que involuntariamente se deja material quirúrgico en el cuerpo del paciente toda vez que no existen parámetros que permitan una clara solución al respecto ni se demuestra el compromiso por ofrecer respuestas efectivas que lleven a un restablecimiento de los derechos y resarcimiento de los daños causados a las víctimas y sus familias.

JURISPRUDENCIA RELATIVA AL CASO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dentro de las consideraciones y disposiciones de la Corte Suprema de Justicia se reconoció como regla general que la actividad médica genera unas obligaciones medio y no de resultado, lo que significa como se ha dicho anteriormente realizar la labor profesional por parte del médico con diligencia y cuidado, sin que se le pueda culpar de un desenlace fatal.

En jurisprudencia vertida en la sentencia de 1 de diciembre de 2011, proferida por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, siendo la Magistrada Ponente la doctora RUTH MARINA DÍAZ RUEDA en el expediente 05001-3103-008-1999-00797-01:

La presencia o identificación desde la sentencia profiera precisar la reposición documental donde se halla los deberes jurídicos de los médicos contemplados en la Ley 23 de 1981 y en su Decreto reglamentario 3380 de la misma anualidad, los que integrados a las disposiciones pertinentes del Código Civil, permiten establecer los parámetros orientadores de la “*responsabilidad civil contractual o extracontractual*”, en consecuencia a la relación médico paciente, en el artículo 5º del citado Estatuto de Ética Médica, se cumple “*por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes*”; en virtud de “*acciones unilaterales del médico, por consiguientes de una emergencia*”; la “*solicitud de terceros*”, y “*adquirir compromisos sujetos sociales de derecho que están a cargo de una entidad privada o pública*”

Un precedente de frecuente recordación se halla en la sentencia de 05 de marzo de 1940, donde se precisó que la obligación del médico es por regla general de medio, y en esa medida el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los cuidados de prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste, y en el tema de la culpa se comentó: la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la

certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. No la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave,” (Justicia, 1953).

Según la Corte Suprema de Justicia (CONTRATO DE HOSPITALIZACION, 1985), en las determinaciones de la responsabilidad civil en fallo de 12 de septiembre de 1985, se expuso:

“...que en relación de las obligaciones asumidas por un médico frente a su paciente, al día de hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para este el compromiso de velar por la salud, aunque no pueda ser suministrada la cura en su totalidad, suministrándole cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, dicho esto el médico no solo es responsable de revisar a un sujeto social garante de derechos, sino que también se obliga a poner en actividad todos los medios y cuidados que tenga a su alcance para curar al enfermo; dado que en caso de reclamación este deberá probar la culpa y negligencia médica, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”

Adicionado a esto se menciona que:

“...mediante el contrato de prestación de servicios, el facultativo este se compromete a tratar al paciente, para lo cual debe emplear sus conocimientos profesionales desde el que hacer ético político representativo, teniendo en cuenta los cuidados diligentes que requiera, que puedan dar garantía a la curación. Siendo que esta no depende enteramente de la acción médica, pues incluso el paciente podría sobrevivir ante dictámenes desfavorables. Se señala pues que el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, por haber realizado su ejercicio a plena conciencia para que fuese considerado el caso fortuito o culpa del paciente por no haber cumplido las prescripciones respectivas. Por lo anterior, para que pueda darse la responsabilidad, será necesario establecer la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la prueba del daño causa a la

víctima, y la conducta descuidada de a quien se demanda siendo esta causante de tal daño” (Gaceta de Justicia, 1986)

Por otra parte, frente a la responsabilidad de una institución de salud debido a unas secuelas que presentó un paciente, la Corte Suprema señala que:

“...los servicios médicos, se desarrollan y se dan origen a través de la a sumisión contractual en la que podría incurrirse en culpa profesional o institucional del caso. Continuado a esto para considerar la culpa idónea es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea determinada y dictaminada como la causante de los perjuicios ocasionados al paciente, esto es, igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos” (Sentencia, 2016)

Según la decisión de 30 de enero de 2001, se precisa con criterios que la responsabilidad médica estatal para ser exitosa, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales, teniendo como dicha clave la prueba de la existencia contractual, siendo responsabilidad del paciente, puesto que esta relación jurídica debe ser demostrada por el demandante a través de la afiliación al servicio médico presente o al régimen de salud al que se encuentra vinculado, haciéndolo acreedor pues el nombramiento prestador de servicio de salud, así como los cuidados y atención correspondiente, del mismo modo correspondería al paciente corresponde al paciente demostrar el daño causado ya sea identificado por lesión física o psíquica, así como el daño de tipo patrimonial, moral que pretende sea resarcido. (MUÑOZ, 2019)

Ahora bien, al documentar este último postulado, mencionado anteriormente como la identificación causal de dicha problemática, en consecuencia, del comportamiento activo o pasivo del causante del daño a la víctima de dicho hecho, entra a considerarse el papel de los deberes jurídicos de atención y cuidado al ciudadano. De manera concreta la identificación de la aceptación y responsabilidad de parte del cuerpo médico hacia el fenómeno imputado, es decirse reconoce la responsabilidad medida de corte subjetivo, a título de dolo o culpa.

Aunque también se puede evidenciar algunos casos donde cobra vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, que pretenden exigir a las partes dentro de los parámetros de colaboración y lealtad según sean las circunstancias del hecho. Todo esto se reitera teniendo en cuenta las peculiaridades distintivas del suceso en cuestión, tales como la consideración del autor material, la profesión, la dificultad técnica, lo complejo de la intervención, los medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como la temporalidad y el espacio, que pueda dar a determinación la corrección del acto médico (*lex artis*).

A pesar de todo esto la sentencia 1 diciembre de 2011, reconoce que son pocas las circunstancias y casos que se salen de control de la norma, dado que a pesar de la prudencia y diligencia con las que se actúe desde el quehacer profesional, no previene o evita consecuencias de daño. Pues se considera que intervienen acciones externas que limitan el desarrollo efectivo de la ciencia médica, o que son propias del estado del paciente, como las reacciones orgánicas imperceptibles y difíciles de percibir, las patologías causadas por el riesgo del uso de la anestesia, entre otras, que podrían ser determinadas como casos fortuitos con la con la facultad suficiente para ser exonerado del deber resarcitorio.

SENTENCIA EMANADA DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, CON PONENCIA DEL DOCTOR EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, DE 15 DE ENERO DE 2008, DENTRO DEL EXPEDIENTE 11001-3103-037-2000-67300-01:

Según lo emitido por la sentencia de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, el tipo de responsabilidad médica es justificada a partir de las condiciones de la actividad la trascendencia social y de impacto que tenga la práctica profesional en la vida del paciente, esta tiene en cuenta los limitantes y considerar bien la normatividad para no radicalizar o llevar al extremo la norma que puedan interpretar en sentido riguroso y estricto, pues de tal manera se cohibiría el poder facultativo del ejercicio profesional por el temor a las consecuencias excesivas que recaerían sobre el personal médico, con consideración de gravedad de que afectaría al médico como al paciente. Estas actitudes impondrían al actuar médico una sobre responsabilidad para

repensar el quehacer dicha práctica que haría imposible el accionar médico, por miedo a las extremas consecuencias del error y la accidentalidad y así mismo el abstener por gravedad moral ante situaciones de riesgo que implicaría la vida netamente sujeto garante de derechos al personal de salud. (Sentencia, 2008)

Sin embargo, para la conducta médica no existe inmunidad al régimen general establecido de obligaciones, pues como la jurisprudencia colombiana reconoce, uno de los compromisos establecidos para el personal médico es tratar al paciente o intervenirlos quirúrgicamente en contrapartida de una remuneración económica salarial, en la que en algunos casos se puede presentar la gratuidad siendo financiado así por el estado, con el fin de poder aliviar las dolencias de los individuos, en efecto a esto el sujeto tratante debe emplear sus conocimientos teniendo en cuenta el código de ética, que permita de una u otra manera el no garantizar al enfermo su curación, pues esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno, pues es previsible que se pueda sobrevivir en circunstancias negativas imposibles de calcular. (Sentencia, 2008) Siendo entonces la responsabilidad en la actividad médica declarada en la implementación de los elementos que la estructuran, considerando estos la culpa contractual, el daño y la relación causal.

Como la demanda ha venido proclamando que las causas de los daños que sufre la damnificada L.J. DE L. proceden de un oblitio quirúrgico, necesario es dar con el concepto de éste. El oblitio, acorde con el Diccionario de la Real Academia Española es el *"Cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica"* (Española, 2023).

Desde la concepción médica se determina el Oblitio, siendo el caso pues de la situación circunstancial que trae al investigador al estudio, siendo este un acontecimiento de obstrucción de material contemplado dentro de las prácticas médicas según lo contemplado por la Corte Suprema de Justicia bajo los siguientes términos:

- Representa un riesgo que no siempre es considerado sinónimo de daño objetivo, esta mención ha de tenerse en cuenta para cualquier juicio valor.
- Según la naturaleza de quien lo dictamina este es considerado de manera diferente, para el sujeto quien lo sufre o padece, pues podría determinarse como una complicación o una enfermedad.

- Para el personal médico (cirujano) se considera como una complicación desagradable, que se produce del riesgo que asume al entrar a operar buscando el beneficio para otros. Quizás como accidente al que siempre estar expuesto.
- Para la legislación podría identificarse como un error que no debió suceder. Para los peritos y jurisprudenciales como una calamidad o siniestro que no debió suceder, por el cual es objeto de reclamación o demandas”.
- Desde la literatura quirúrgico legal refiere el olvido de distintas formas, con terminología como: accidente, error, contingencia, siniestro. Del mismo modo va desde el error por confiabilidad a la práctica curativa hasta la culpa. (impericia, negligencia o imprudencia).” (Kubica, 2015)

De tal manera que según la recopilación documental se logra constatar que, existe una mayor exposición ante el riesgo o error del Olvido ante cirugías que exponen grandes cavidades tales como (abdomen, tórax), resaltando cuando estas son programadas de emergencia o urgencia ante el riesgo inminente de fallecer, también en las que tiene alto grado de peligrosidad o han cambiado el personal médico, sala de operaciones durante la cirugía por situaciones externas al suceso en cuestión.

Desde otro apartado se refiere la existencia de dos posturas posicionales para los juristas, la primera es considerar que la existencia del olvido en el organismo del paciente es un comportamiento negligente del personal médico asistente en la cirugía, y los que consideran que no siempre ante la presencia de un olvido es por parte de la negligencia médica o de manera intencionada, tal como es referenciado por la Corte suprema de Justicia en la Sala Civil de Casación:

“Se destaca que existen dos posiciones para los juristas. Por un lado, la concepción de que “el olvido denotaría por sí solo un comportamiento negligente”, “res ipsa loquitur” “los hechos hablan por sí solos”, según la cual el olvido en sí crea una inferencia de culpa. Por el otro, los que consideran que no “toda vez que existe un olvido, hay necesariamente culpa” y se cita un “fallo del Tribunal de Catania, del 7 de abril de 1952, que enunció la máxima: “no hay culpa por el solo hecho de que un cuerpo extraño quede en el interior del organismo. Lo que de esta manera se quiere expresar es que no estamos

ante un principio rígido y de aplicación mecánica, sino que la decisión debe tomarse caso por caso y según las circunstancias que rodean a cada uno.” “En todos los casos pueden intervenir circunstancias que escapan al control del cirujano y vuelven inevitable el extravío” (Sentencia, 2012)

Acentuando en el último postulado se recomienda según la conducta que deba asumir el cirujano cuando el conteo es erróneo, éste debe insistir en buscar de manera meticulosa de dicho material extraviado en la sala de cirugía, las veces que sea necesario hasta encontrarlo sin poner la vida del paciente en peligro. Para tomar la decisión de abandonar la búsqueda el cirujano debe: considerar el estado clínico teniendo en cuenta la opinión del anestesiólogo; realizando la valoración del espacio quirúrgico, las zonas vecinas, así como los riesgos que han de producirse a partir de dicho siniestro dejando constancia del tiempo de búsqueda.

Según el artículo 13 (Decreto 3380, 1981), que reza: *“Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”*

CONSEJO DE ESTADO

Según (Jaramillo, 2013) la teoría de la falla probada y la falla presunta del servicio en materia médica comienza con una sentencia del 24 de octubre de 1990 *MP. Gustavo de Greiff Restrepo*. Sin embargo, la motivación jurídica de ésta decisión es radicalmente diferente de la utilizada en los fallos posteriores que han aceptado la presunción, pues éste fallo acude a la aparente presunción de culpa establecida en el artículo 1604 del C.C, el cual no es aplicable a la responsabilidad extracontractual, y tampoco es aplicable tratándose de contrato de servicios”.

El Consejo de Estado “reconociendo ciertos yerros en el Régimen de Falla Presunta del Servicio, viró radicalmente su posición, estableciendo que correspondía al Juez determinar que parte es la que se encuentra en una situación más favorable para probar la falla que dio origen al daño. La razón de este cambio radicó en que con el paso del tiempo se evidenció que el

demandante no siempre se encontraba en esta situación de desventaja, ya que, a pesar de este régimen, al momento de indicar los otros elementos de la responsabilidad se demostraba en muchas ocasiones la misma falla lo cual prueba que no es tan imposible para el demandante probar la falla y por otro lado las instituciones demandadas se les había vuelto casi imposible de desvirtuar la presunción. Por estas razones el Consejo de Estado estableció lo que se conoce como la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, que consiste en que le corresponde al Juez determinar en cada caso quien está en mejor posición para probar la falla”.

En muchos de los fallos del Consejo de Estado, la falla aparece probada con suficiencia y sólo en muy pocas oportunidades, se aplica realmente la falla de la presunción. Aunque la diligencia y cuidado por parte del médico hayan existido, éste casi nunca tiene la posibilidad de demostrarlos como consecuencia de la ausencia de práctica de medios probatorios.

FALLA PROBADA O FALLA PRESUNTA EN EL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO POR OBLITO QUIRÚRGICO/ SISTEMA DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO - Regla res ipsa loquitur

Desde lo contencioso administrativo la ley establece las condiciones para una falla probada y una falla presunta desde su pronunciamiento “Las cosas hablan por sí mismas o res ipsa loquitur”, que es aplicado en los casos de oblito quirúrgico, los olvidos de material quirúrgico en el cuerpo del paciente son considerados una falla probada a partir de la aplicación del sistema de aligeramiento probatorio. En concordancia al acápite, para estas situaciones es pertinente estudiar de manera exhaustiva evaluando los diferentes daños producidos con el oblito quirúrgico. Teniendo en cuenta, la posibilidad establecida de invocar de forma autónoma o conjunta dos tipos de daños antijurídicos presentados en un proceso autónomo o conjunto, de la cual depende el régimen de responsabilidad que gobierna el caso. (Sentencia, 2016)

Que, para tal caso, si el daño deprecado verifica la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que este genere daños o malestares adicionales, la responsabilidad estará regida por concepto falla del servicio probada. Hecho que genera un acercamiento probatorio, entre lo que se establece como daño y la imputación de éste. En este entendido será

deber del juez establecer la naturaleza del daño por el que se establece la reclamación, debido a que los que están constituidos por falla media oblitio quirúrgico son controlados por lo que se establece como falla probada del servicio, ya que evidencian y ponen de presente un yerro en la prestación del servicio médico - asistencial, toda que a su vez se deja en el organismo la presencia de un cuerpo extraño, que conforma un descuido de la cual no requiere mayor acreditación probatoria, pues se evidencia por si sola constatación del daño. (Sentencia, 2020)

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO POR OBLITO - Régimen de responsabilidad objetivo

Cuando las demandas reclaman daños irrogados o perjuicios por el material quirúrgico alojado en el paciente, que estima la peligrosidad intrínseca, que ha configurado la generación de patologías entre ellas las infecciones de las cuales podrían ser las gangrenas u obstrucciones en el organismo, etc., en este sentido la responsabilidad administrativa sanitaria estará presidida por el régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad acreditando de un comportamiento cuidadoso. A la que poco interesa determinar si la atención fue diligente, en medida que la presencia del oblitio constituye un riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda. (Sentencia, 2012)

Para lo cual es preciso mencionar que el Consejo de Estado establece que, el régimen objetivo se impone en los casos de oblitio jurídico en aras que la responsabilidad no sea evaluada considerada de manera subjetiva ante un proceder medico diligente, que para dicho caso podría ser un argumento de parte de las entidades públicas. Es decir, desde los fundamentos del régimen de objetividad la responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblitio y en los efectos dañinos que de él se desprenden.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO POR OBLITO

De los eximentes de responsabilidad contemplados por falla en el servicio médico por oblito quirúrgico el consejo señala que la entidad pública solo podrá eximirse si acredita que el malestar presentado en el cuerpo del paciente se debe a una causa extraña, que se determina por la responsabilidad del paciente o un tercero alejado del proceso médico paciente, que para los casos de reclamación judicial por daño antijurídico por oblito quirúrgico, pero no podrá exonerarse cuando la afectación o el daño es evidente ante la falla médica.

Según el Consejo de Estado, *“podrá exonerarse si se acredita una causa extraña exclusiva de la víctima o de un tercero (...) en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano”* (Sentencia, 2011)

Ahora bien es importante mencionar que la ley contempla tres diferentes mecanismos de exoneración de responsabilidad por falla médica por dejación de material quirúrgico en el cuerpo de un paciente; estos son: la culpa exclusiva de la víctima, la culpa de un tercero y fuerza mayor o caso fortuito, en el último ya mencionado, la jurisprudencia considera que en efecto, pueden presentarse situaciones externas las cuales pueden ser objeto de daño ya que no son previsibles, pero esta situación no los exime de responsabilidad. Ni siquiera en el entendido que sea la dejación de una aguja o bisturí pues lo que se juzga es el daño o la afectación. Situación que el Consejo manifiesta de la siguiente manera:

“En situaciones de esta naturaleza, no se imbrica la cosa con el actuar humano a diferencia de otros eventos (daños causados por bisturís o por agujas) porque en los oblitos quirúrgicos el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada” (Sentencia, 2011)

Para considerar y evaluar los daños morales, sobre aquellos que legitiman una afectación de tipo parental y por ende una indemnización y reparación por tal hecho la jurisprudencia establece que, debe operar en dicho hecho la presunción del sufrimiento en correlación a la existencia probada del parentesco o el vínculo existente entre los demandantes. Para esto es necesario que las pruebas de daño moral consagren el ordenamiento jurídico para la constatación del hecho probatorio, como lo son el nivel de afectación en relación al parentesco de la víctima con quien reclama, para lo cual es fundamental que la carga probatoria sea lo suficientemente sólida para determinar la relación parental y el daño (Partida matrimonial, registro de nacimiento), entre otros que puedan probar el parentesco. (Sentencia, 2011)

ESTUDIO DE CASOS COMPARATIVO ANTE UNA DEMANDA POR FALLA MÉDICA POR PRESENCIA DE ORGANISMO EXTRAÑO EN EL CUERPO DEL PACIENTE “OBLITO QUIRÚRGICO”, ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL CONSEJO DE ESTADO

A partir de lo anteriormente expuesto se presenta un análisis comparativo del tratamiento jurisprudencial en el que procede la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de lo contencioso administrativo teniendo en previo el proceder de dos casos en el que se halla presencia de un cuerpo de material extraño alojado en el organismo del galeno, estos son denominados por el juez como oblito quirúrgico. En el entendido de material presente después de dos intervenciones médico quirúrgicas en las que se encontraron (Compresa, Hoja de Bisturí) que implicaron ser sometidos a una segunda intervención y padecimientos de dolores y malestares.

Tabla 1: Matriz comparativa; estudio de caso

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL	JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Consejo de Estado	JURISDICCIÓN ORDINARIA Corte Suprema de Justicia	ANÁLISIS EN RELACIÓN COMPARATIVA
CASO	Sentencia de 3 de septiembre de 1992, exp. 7221; de 3 de noviembre de 1992, exp. 7336; de 16 de marzo de 2000, expediente 11.890.	AC6883-2016 Radicación n.º73001-31-03-006-2012-00267-01	Contencioso administrativo 1ª y 2ª instancia Jurisdicción ordinaria 1ª y 2ª instancia con recurso de casación civil
ACTOR	Ginecólogo, procedimiento quirúrgico (laparotomía) Hospital Eduardo Santos.	Cirujano lumbar, Clínica Jorge Piñeros Corpas, Saludcoop EPS.	Los dos casos involucraban la presencia de cirujanos y cuerpo médico, con procedimientos quirúrgicos diferentes pero riesgosos, porque podrían dejar secuelas.
ACTO	Alojamiento de cuerpo extraño (Compresa) en la cavidad abdominal	Alojamiento de cuerpo extraño (hoja de bisturí), con presencia de sangrado	Tiempo después de los procedimientos, se halla la presencia de un elemento extraño (Compresa, Hoja bisturí), en el cuerpo de los pacientes, hecho que requirió una segunda intervención.

<p>ELEMENTO OBJETIVO</p>	<p>Como consecuencia del oblito quirúrgico, la paciente debió someterse a una segunda cirugía para la extracción de la compresa alojada en el abdomen, enfrentándose a fuertes dolores previos y posteriores, al igual que a los riesgos de un segundo procedimiento.</p>	<p>Inicialmente se presume un daño por sangrado excesivo en la zona, al igual que fuertes dolores con los que el paciente debería vivir, los cuales, podrían considerarse también procedentes de la patología y de los medicamentos para su tratamiento.</p>	<p>El daño antijurídico causado por la parte médica fue leve, pues, aunque se requirió una segunda intervención, no se presentaron daños colaterales mayores como la muerte o la pérdida de la movilidad, fertilidad o algún miembro superior del cuerpo.</p>
<p>RESPONSABILIDAD SUBJETIVA</p>	<p>La Sala considera que, debido a los procedimientos, la paciente y sus familiares se vieron afectados por un profundo dolor y aflicción que debe ser indemnizado, además de considerar las incapacidades y lesiones futuras.</p>	<p>Aunque subyace el hecho de la presencia del oblito, se menciona que no hay certeza de que éste sea causa de la afectación en el cuerpo del paciente, y que sus síntomas podrían provenir de su padecimiento de base; por lo cual, se niegan las pretensiones del demandante.</p>	<p>Para lo Contencioso Administrativo se considera a los familiares de línea directa, como afectados por el proceder médico, a lo cual se suma un daño frente a la percepción de ingresos; mientras que, la Jurisdicción Ordinaria señala que, aunque existe el oblito quirúrgico, el sangrado y dolor excesivo, sería imposible determinar su causa, pues los síntomas del pos operatorio son los mismos, razón por la cual no se consideran los daños morales, familiares, ni de orden económico.</p>
<p>RESPONSABILIDAD OBJETIVA</p>	<p>Existe una responsabilidad de parte del equipo médico, en cabeza del cirujano, como primer</p>	<p>Se reconoce el oblito quirúrgico en el cuerpo del paciente, pero señala que este no fue retirado debido al lugar de alojamiento del</p>	<p>Para el Consejo de Estado, se estima una falla probada pues según las evidencias, fue notorio el descuido médico en el alojamiento del oblito quirúrgico; la jurisdicción ordinaria</p>

	responsable, al no agotar todos los recursos, para eliminar los riesgos por oblito quirúrgico.	cuerpo extraño, sabiendo que no fue de manera deliberada y que no genera daños para sus labores diarias.	considera que la presencia del material extraño en el cuerpo de la paciente no fue deliberada y que, además no se comprueba que represente daño alguno a la misma.
RELACIÓN DE CAUSALIDAD	Considera que los fuertes dolores y la cirugía a los que fue sometida la paciente están vinculados directamente con la presencia del oblito; también señala que, aunque no se van a generar daños mayores o pérdida de la fertilidad, sí se presenta un daño económico y moral.	En cuanto a las afectaciones del paciente, la Corte señala que, considerando la sintomatología y los señalamientos médicos, los daños producidos pueden deberse a la patología, y no propiamente al oblito quirúrgico, también considera que los daños no generan mayores afectaciones y que la paciente podrá continuar con su vida de manera normal; por lo cual, niega pretensiones de la demanda.	Para ambas partes las consideraciones son diferentes, pues mientras que El Consejo de Estado reconoce, de manera inicial y directa la responsabilidad de la falla médica ante la sintomatología de la paciente, La Corte Suprema considera que debido a que el oblito no generó daños mayores y que sus afectaciones pueden deberse al postoperatorio y/o a la patología de base de la paciente, es improcedente determinar que el daño se dé por presencia del material extraño en el cuerpo del paciente.
EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD	Aunque los galenos señalan que la intervención médica quirúrgica fue realizada bajo las condiciones de hospital rural y que fue de urgencia, en las que se acogen a fuerza	Los galenos se acogen a la consideración de fuerza mayor o caso fortuito, en el entendido que, la ruptura de la hoja de bisturí, representa un siniestro no previsto en el proceder quirúrgico.	Para las dos jurisdicciones se considera la fuerza mayor, como un eximente de responsabilidad ante las fallas médicas, por lo que el juez de la jurisdicción ordinaria falla a favor del cuerpo médico, que dejó el cuerpo extraño en el paciente; por otro lado para El Consejo de Estado,

	<p>mayor o caso fortuito, el juez no los exime de responsabilidad y deben ser condenados en costas.</p>		<p>la falla solo podría ser libre de responsabilidad, en el entendido que la misma, puedan venir de un tercero; y aunque estos alegaron fuerza mayor, no fueron libres de responsabilidad de daño antijurídico.</p>
<p><i>Fuente: Elaboración propia; Con base a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado</i></p>			

En el presente cuadro como se demuestra en los anteriores casos los daños que se presentan por el alojamiento de material quirúrgico en el cuerpo del paciente se consideran daños antijurídicos, que por lo habitual suelen ser de responsabilidad del equipo médico o paramédico y la entidad prestadora de servicio: en la que es preciso señalar que ambas provienen de una reclamación por descuido médico en una cirugía, donde los demandantes estiman una indemnización proporcional a los daños ocasionados por el alojamiento de oblitio quirúrgico en su organismo que les implicó someterse a un nuevo proceso quirúrgico, para la extracción y limpieza del material que estaba causando malestares en su organismo, sin embargo, aunque en ambos casos se halle una afectación similar de daño antijurídico las jurisdicciones dan tratamiento especial en concordancia con sus leyes y eximentes.

Por lo anterior es preciso señalar que ante la legislatura de lo contencioso administrativo las leyes son más severas en cuanto a las indemnizaciones, responsabilidades y consideraciones de la víctima en concurrencia a la jurisdicción ordinaria, en el que para el caso encontraron dos tipos de materiales nocivos no pertenecientes al organismo. En el primero el alojamiento de una compresa el cual fue juzgado por el Consejo de Estado, quien proporcionó un fallo a favor de la víctima, declarando casi de manera inmediata y la falla probada toda que a su vez los hechos hablaban por si solos, y aunque el cuerpo médico y la institucionalidad alegan fuerza mayor, pues la operación de la paciente fue de urgencia y en condiciones rurales, de las cuales no pudieron controlar todos los siniestros en el momento de la operación, declarando así que el hecho de las condiciones y de ser de fuerza mayor no les exime y deslegitime su responsabilidad.

En comparativo a lo sancionado por la Corte siendo que a este paciente se le encuentra alojado en su cadera una hoja de bisturí y un sangrado alrededor de la zona, en la que con anterioridad había sido operado, para este caso el equipo médico también solicitó el eximente de fuerza mayor, pues la ruptura del bisturí no era algo que podría controlarse, y consideraba que las dolencias podrían ser producidas por la patología de base, en consecuencia la jurisdicción falla a favor del cuerpo médico y la EPS, negando las pretensiones del demandante, pues para estos pesa mucho los eximentes y la imposibilidad de poder probar que sus afectaciones y padecimientos sean netamente producidas por el oblitio quirúrgico y no por la patología de base, teniendo en cuenta lo señalado por el cuerpo médico. En la que es importante señalar que son casos similares, pero en la que la jurisdicción da tratamiento diferente (ver tabla 1).

7. CONCLUSIONES

En responsabilidad médica estatal en cirugías en que involuntariamente se deja material quirúrgico en el cuerpo del paciente, el título jurídico de imputación es la falla en el servicio, y el régimen de responsabilidad será subjetivo. La falla del servicio, nace de la omisión de una obligación que está a cargo del Estado, quien debe garantizar el acceso y debida prestación de la salud, como servicio público esencial, y evitar que se les causen daños a los usuarios.

Para que se configure la falla del servicio en la atención médica se debe probar que el médico obró con negligencia y descuido en el procedimiento quirúrgico, al olvidar materiales en el interior del cuerpo de los pacientes. Es obligación del médico o equipo médico que va realizar los procedimientos quirúrgicos, informar al paciente de los riesgos que pueda acarrear la labor ya que ésta es de medio y no de resultado.

En cuanto a la relación comparativa se puede determinar que la Corte Suprema de Justicia es más rigurosa al fallar mientras que el Consejo de Estado tiene un enfoque más humanista, que considera y evalúa los daños de la víctima, así como pretende poder ser lo más justo sin afectar al cuerpo médico de por vida al incurrir en un descuido.

La Corte Suprema de Justicia considera un eximente más fuerte, el cual es válido en muchos de los casos de los cuales a manera posteriori las víctimas presentan varios recursos de apelación pues no sienten que las condenas sean justas.

8. REFERENCIAS

1 Bibliografía

(Corte Suprema de Justicia 5 de marzo de 1940).

CONTRATO DE HOSPITALIZACION, 2419 (Corte Suprema de Justicia 12 de 09 de 1985).

CSJ. (26 de noviembre de 1986). MP.HECTOR GOMEZ URIBE. Bogotá.

Decreto 3380 (1981).

Drumond, J. G. (2008). Derecho Médico Sanitario (I). Actualidad, Tendencias y retos. *Tendencias del Derecho Médico*. (págs. 28-34). Bogotá, DC: Universidad del Rosario.

Española, R. A. (2023). <https://dle.rae.es/>. Obtenido de <https://dle.rae.es/oblito>

Gaceta de Justicia, 2423 (Tribunal Superior 26 de noviembre de 1986).

Jaramillo, J. T. (2013). *Sobre la prueba de la culpa médica*. . Medellín: Diké.

Justicia, C. S. (1953). *ACCION DE PERJUICIOS POR EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE UN MEDICO - RESPONSABILIDAD PROFESIONAL - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MEDICA - RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL MEDICO. RELACION DE CAUSALIDAD ENTR EL ACTO IMPUTADO AL MEDICO . GACETA JUDICIAL, 119.*

Kubica, M. L. (2015). EL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. *Universitat de Girona*.

Ley 23 , *Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica* (18 de febrero de 1981).

Meza, M. A. (2012). *RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA FALLA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIAL. ACTO MÉDICO DEFECTUOSO EN LAS ENTIDADES DE SALUD DEL ESTADO. (Tesis de Maestría).*

(U. d. Rosario, Ed.) Bogotá: Universidad del Rosario.

MUÑOZ, M. L. (2019). RESPONSABILIDAD MÉDICA. *ESCUELA JUDICIAL*.

Orjuela, W. R. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Bogotá D.C: Ecoe Ediciones.

RAE. (2014). *Real Academia Española de la Lengua*. Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/?val=cirug%C3%ADa>

RAE, R. A. (2014). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>

Ruiz, O. W. (2006). *Responsabilidad Médica Estatal*. Bogotá, DC: ECOE EDICIONES LTDA.

Ruíz, W. (2004). *Responsabilidad Médica en Colombia*. Santiago de Cali: Criterio Jurídico.

SCCP. (2015). *Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica*. Obtenido de http://www.cirurgiaplastica.org.co/component/com_fsf/Itemid,71/catid,24/view,faq/

SECPRE. (2014). *Sociedad Española de Cirugía Plástica, reparadora y Estética*.

Sentencia, 11001310303720006730001 (Corte Suprema de Justicia 15 de enero de 2008).

Sentencia, 20836 (Consejo de Estado 24 de marzo de 2011).

Sentencia, 63-001-31-03-002-2007-00040-03 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 10 de julio de 2012).

Sentencia, 21861 (Consejo de Estado 25 de abril de 2012).

Sentencia, SC13925-2016 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 24 de agosto de 2016).

Sentencia, SC12947 (Corte Suprema de Justicia 2016).

Sentencia, 15001-3333-014-2013-00100-01 (Tribunal Administrativo de Boyacá 15 de 05 de 2020).

Sentencia C-336, C-336 (Corte Constitucional 16 de abril de 2008).

Sentencia Consejo de Estado, 2789 (MP.Alier Hernández 21 de febrero de 2002).

Avance jurídico; Corte Suprema de Justicia (2011), sentencia 1 de diciembre de 2011, sala de casación civil, Díaz Rueda M.

Avance jurídico; Tribunal Superior (2008), Sentencia Emanada H 15 de enero de 2008, sala de casación civil, Edgardo Villamil/ tomado de/
<https://tribunalsuperiorarmenia.gov.co/index.php#>

Avance jurídico; Consejo de Estado. Sección Tercera. (1967). *Sentencia de 28 de abril*. M. P. Carlos Portocarrero Mutis.

Avance jurídico; Consejo de Estado. *Sección Tercera. (1991, 1990, 1992). Sentencias de 7 de octubre de 1991; 13 de septiembre de 1991, exp. 6253; 24 de octubre de 1990, exp. 5902; 30 de junio de 1992, exp. 6897, entre otras.*

Avance jurídico; Consejo de Estado. Sección Tercera. *Sentencia de mayo 11 de 2006, exp. 14400, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.*

Avance jurídico; Consejo de Estado. *Sección Tercera. (2010). Sentencia de 18 de febrero, exp. 18524. M. P. Enrique Gil Botero.*

Avance jurídico; Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-333. M. P. Alejandro Martínez Caballero.*

Avance jurídico; Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-062. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.*

Avance jurídico; Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-1059. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.*

Avance jurídico; Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-421. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.*

Avance jurídico; Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-536. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.*

Avance jurídico; Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-730. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

Avance jurídico; Sentencia de 3 de noviembre de 1977, citado por Suescún, 2003, p.369.(Corte Suprema de Justicia 5 de marzo de 1940).

CSJ. (26 de noviembre de 1986). MP.HECTOR GOMEZ URIBE. Bogotá.

Drumond, J. G. (2008). Derecho Médico Sanitario (I). Actualidad, Tendencias y retos. *Tendencias del Derecho Médico*. (págs. 28-34). Bogotá, DC: Universidad del Rosario.

Jaramillo, J. T. (2013). *Sobre la prueba de la culpa médica*. . Medellín: Díké.

Ley 23 , Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica (18 de febrero de 1981).

Meza, M. A. (2012). *RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA FALLA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIAL. ACTO MÉDICO*

- DEFECTUOSO EN LAS ENTIDADES DE SALUD DEL ESTADO. (Tesis de Maestría).*
(U. d. Rosario, Ed.) Bogotá: Universidad del Rosario.
- RAE. (2014). *Real Academia Española de la Lengua*. Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/?val=cirug%C3%ADa>
- RAE, R. A. (2014). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>
- Ruiz, O. W. (2006). *Responsabilidad Médica Estatal*. Bogotá, DC: ECOE EDICIONES LTDA.
- SCCP. (2015). *Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica*. Obtenido de http://www.cirugiaplastica.org.co/component/com_fsf/Itemid,71/catid,24/view,faq/
- SECPRE. (2014). *Sociedad Española de Cirugía Plástica, reparadora y Estética*.
- Sentencia Consejo de Estado, 2789 (MP.Alier Hernández 21 de febrero de 2002).
- Tamayo Jaramillo, J. (1997). *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Temis. Bogotá. Colombia.