

**DERECHO A LA SALUD Y ACTIVIDAD MÉDICA:  
EL EJERCICIO PROFESIONAL Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN**

**TESIS PRESENTADA PARA CUMPLIR CON LOS REQUISITOS  
FINALES PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**AUTOR: EIDER ACOSTA MORALES**

**TUTOR: RAFAELA SAYAS CONTRERAS**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICA**

**Cartagena**

**Octubre de 2015**

## Tabla de contenido

<b>CAPITULO I Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>CAPITULO II Estado del arte y marco teórico.....</b>	<b>8</b>
Marco teórico.....	8
Naturaleza jurídica de la responsabilidad medica.....	8
Naturaleza jurídica de la obligación asumida por el medico.....	10
La culpa medica.....	11
Responsabilidad médica y derecho a la salud.....	15
<b>Estado del arte .....</b>	<b>18</b>
<b>CAPITULO III Estructura de la responsabilidad medica .....</b>	<b>27</b>
Concepto de responsabilidad médica .....	28
Estructura de la responsabilidad civil medica.....	30
El daño.....	31
El nexa causal.....	32
La culpa.....	33
Causales de exoneración.....	37
<b>CAPITULO IV Derecho de los usuarios del sistema de salud en Colombia .....</b>	<b>41</b>
Derecho a la salud de los colombianos artículo 49 de la Constitución Política.....	43
Evolución del derecho a la salud.....	45
Derechos del paciente según la ley.....	47
Libre elección del médico.....	48
Libertad de prescindir de los servicios prestados por el medico.....	48

Recibir un buen diagnóstico.....	49
Recibir apoyo del médico en todo momento.....	50
No ser expuesto a riesgo injustificado.....	51
El consentimiento informado.....	52
Elaboración de la historia clínica.....	53
Ley 1751 de 2015.....	54
Accesibilidad a los servicios.....	54
Atención oportuna.....	55
Consentimiento informado.....	55
<b>CAPITULO V Manejo en Colombia de los daños ocasionados por la actividad médica.....</b>	<b>57</b>
Del daño en responsabilidad medico desde la constitución política y la ley.....	58
El daño medico desde la perspectiva de la constitución política.....	59
Manejo del daño desde la perspectiva de la ley.....	59
El daño medico contractual.....	60
El daño medico extracontractual.....	62
El daño en la jurisprudencia colombiana.....	65
<b>CAPITULO VI Criterios de imputación.....</b>	<b>69</b>
Antecedentes.....	71
Manejo de los criterios de imputación en el código civil y la ley.....	71
Manejos de los criterios de imputación en la jurisprudencia.....	74
Criterios de imputación para las EPS e IPS.....	79
Los criterios de imputación en la actualidad son suficientes.....	82
Responsabilidad médica y derecho a la salud.....	85

**Conclusiones.....88**

## CAPITULO UNO

### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud en Colombia ha tenido una gran evolución a partir de la constitución de 1991 por haber adoptado Colombia la modalidad de Estado Social de Derecho que automáticamente conllevaba la protección de las garantías mínimas para todos los asociados. En los últimos 14 años tanto legal como jurisprudencialmente se le ha dado un cambio significativo que ha conllevado a una protección especial por parte del Estado, implementando criterios de imputación que aseguren su efectividad. Es por ello que vemos que desde 1991 cuando se incluyó el derecho a la salud con la connotación de derecho colectivo, por vía jurisprudencial adquirió la modalidad de derecho fundamental por conexidad, hasta convertirse en derecho fundamental autónomo en el 2015 por vía legal, cambio que representan la importancia del derecho a la salud en Colombia.

Con respecto a la responsabilidad medica esta tiene como finalidad asegurar la reparacion de los daños ocasionados a los pacientes ya sea en su salud o en sus bienes cuando en ejercicio de sus funciones un profesional de la salud le cause un daños. Actualmente tenemos un sistemas de responsabilidad medica basada en las normas que establece el código civil, normas que en muchas caso se quedan corta para solucionar los conflictos, por estar los jueces concentrados en discutir la naturaleza jurídica de la obligación médica y el vinculo obligacional entre el médico y el paciente dejando de lado lo verdaderamente importante del caso, hay un daño o afectación en la salud dela persona por tanto hay que obligar a repararlo. Pero en muchas ocasiones sucede lo contrario y cuando nos surge la pregunta: ¿Es coherente el criterio de imputación de la responsabilidad civil establecida en nuestra legislación y jurisprudencia un marco integral del derecho a la salud y la reparación integral del daño?.

El objetivo primordial esta investigación es dar respuesta a ese problema juridico teniendo como objetivó primordial : Determinar las fortalezas y debilidades del actual régimen de imputación por daño en actividad médica establecida en nuestra

legislación y jurisprudencia en un marco integral del daño teniendo como eje central la dignidad del paciente víctima.

Para lograr este objetivo se ha dividido la investigación en siete capítulos y una conclusión a partir del segundo capítulo se tratará el marco teórico y el estado de arte con el fin de obtener los conocimientos previos sobre la terminología más importante utilizada por los tratadistas y las Altas Cortes sobre la materia igualmente determinar el precedente judicial que nos guíe hasta que punto está la discusión sobre la responsabilidad médica.

En el capítulo tres encontraremos la estructura de la responsabilidad médica con una breve definición sobre cada uno de los elementos que la componen, cuya finalidad es tener claridad de cómo está estructurada la responsabilidad médica, finalizando este capítulo causales de exoneración de la responsabilidad que nos dan las bases de los eventos en que existiendo el daño no hay lugar a la reparación por el rompimiento del nexo causal.

En el capítulo cuatro encontraremos los derechos de los usuarios al sistema de salud, el cual está integrado por el derecho a la salud consagrado en la constitución y finaliza con los derechos de los pacientes consagrados en la ley, es uno de los capítulos más importantes por tratar los derechos de todos los usuarios que los galenos deben respetar so pena de incurrir en responsabilidad si hay una violación de los mismos que genere perjuicios.

En el capítulo cinco denominado manejo en Colombia de los daños ocasionados por la actividad médica la finalidad es determinar cómo se ha venido y cómo se está manejando el daño médico tanto legal como jurisprudencialmente que nos lleve a determinar la diferencia entre daño contractual y extracontractual cuya importancia radica para determinar el vínculo obligación entre el médico y el paciente o víctima.

El capítulo seis encontramos los criterios de imputación destinados a determinar la forma como se está imputando la responsabilidad médica en Colombia, en este capítulo nos daremos cuenta porque los criterios de imputación en la actualidad no son suficientes en relación a la era que está viviendo la medicina en la actualidad, una era de grandes avances, y si es necesario aun las discusiones que ya han

finalizado sobre obligaciones de medio o de resultado o mas bien se debe tener en cuenta el daño ocasionado en la salud del paciente con base a la salud como derecho fundamente que lo convierte en un derecho inviolable.

En el capítulo siete es un capitulo especial destinado a las reflexiones finales sobre la investigación donde se tratara mas de fondo la responsabilidad medica con los problemas que se están presentando en la actualidad con el derecho a la salud.

Para cerrar este trabajo investigativo encontramos las conclusiones donde de forma resumida se determinara lo puntos mas importantes de la investigación que lleven a dar la solución al problema jurídico planteado al inicio de la investigación.

## CAPITULO DOS:

### MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE

#### 2.1. MARCO TEÓRICO

Aunque en el sistema jurídico colombiano nuestro código civil no consagra un capítulo para la responsabilidad médica, tal vez porqué para cuando se adopto el código civil chileno, el 26 de mayo de 1873, no existían problemas de tipo médico paciente como sucede en la actualidad, donde debido al avance de la tecnología y la ciencia se ha modernizado la medicina y los procedimientos médicos, pasando de los procedimientos manuales y el bisturí de la antigüedad a los grandes procedimientos de la modernidad con láser o a través de la denominada cirugía robótica, pero nuestro código civil si consagro un fundamento para que estos problemas que se iban a presentar en el futuro no quedaran en el vacío sin resarcir plasmando en su artículo 2341 lo siguiente:

*“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”<sup>11</sup>*

Fundamentándose así la responsabilidad civil que mas adelante terminaría abarcando o dando origen a la responsabilidad médica.

Retomando el artículo 2341 del código civil se puede establecer que la responsabilidad médica se deriva cuándo en virtud del servicio médico una persona ha sufrido daño en su salud o su integridad como consecuencia del servicio prestado por el profesional de la salud ocasionándoles perjuicios de tipo material o moral. Para entender mejor esta hipótesis citaré a Francisco Benarte Ochoa (2010) quien en su libro Imputación Objetiva y Responsabilidad Médica, incluye un concepto

---

<sup>11</sup> Código Civil Colombiano

importante para la responsabilidad medica debido a que explica la manera como se traba la relación médico-paciente la cual han denominado acto médico.

*“El acto médico es una forma especial de relación entre personas; donde una de ellas el enfermo, acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar, mejorar o sanar, o cuando menos aliviar el sufrimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente”<sup>2</sup>*

En el concepto de Benarte Ochoa surge algo muy importante, que él no lo indica, pero en la lectura del concepto se puede concluir, porque es precisamente el documento que traba la relación médico-paciente, denominado por la ley como el consentimiento informado, convirtiéndose en la principal obligación del médico para con el paciente, a través de este el médico le debe dar a conocer al paciente todo el procedimiento que se le realizará como también le debe informar los riesgos que representa la intervención.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de noviembre de 2014, hace referencia a la falta de información dentro del consentimiento y concluye que a esta falta el consentimiento es inexistente por ser un derecho del paciente conocer que se le va realizar como también los riesgos que puede correr con el procedimiento y todo los pasos a seguir ante durante y después del procedimiento.

*“El consentimiento informado adolece de las características primordiales de esa aquiescencia de la voluntad, no se tiene informado ningún procedimiento quirúrgico ni la descripción de la técnica a llevar a cabo, ni la información de posibles riesgos y complicaciones, careciendo además del nombre del médico o profesional que suscribe el documento y que dio la inflación, dándose por probada la existencia de un consentimiento informado cuando en realidad este no existe”<sup>3</sup>*

También nos da un punto de vista de la responsabilidad médica al decir:

---

<sup>2</sup> Benarte Ochoa, F (2010), Imputación Objetiva Penal Médica, Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario pág. 102

<sup>3</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2014, 14 de noviembre) M.P. Giraldo Gutiérrez

*“Justamente, la civil médica, es una especie de responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, intervenciones, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrado los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor...”<sup>3</sup>*

### **2.1.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Tradicionalmente antes de 1940 existía una gran discusión en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad médica lo que llevo a la Corte Suprema de Justicia en 1940 pronunciarse sobre el tema a través de la sentencia del 5 de marzo, en la cual logra plasmar una rica construcción teórica sobre responsabilidad médica que más adelante serian desarrollados por grandes doctinante e incluso por muchos magistrados de nuestra Honorable corte tanto de pasado como de la actualidad que aun en sus fallos siguen citando esta jurisprudencia. En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia deja claro que es la responsabilidad médica contractual al exponer:

*“Entre el médico y el enfermo interviene, por regla general, un contrato sobre prestación de servicios profesionales de aquél a éste, y del contenido del pacto se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro”<sup>4</sup>*

Y la responsabilidad médica extracontractual de la cual dice:

*“La responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete o incurre en la falta”<sup>4</sup>*

Para determinar si estamos frente a una responsabilidad médica contractual o extracontractual es de vital importancia observar el consentimiento informado que

---

<sup>4</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1940, 05 de marzo) Liborio Escalón.

el paciente le firma al médico, pues este se entiende como la expresión de voluntad del paciente para que el médico le realice un determinado procedimiento, en algunos casos no es posible que el paciente exprese su voluntad ya sea porque llegó inconsciente al hospital o tenga alguna discapacidad que le impida firmarlo, en fin todos esos casos de urgencias que le impiden a paciente expresar su voluntad, como el deber del médico es atender al paciente para proteger su derecho a la vida, en el caso de que suceda al algún imprevisto se estaría frente a una responsabilidad medica extracontractual

Pérez Vives también nos habla sobre naturaleza de la responsabilidad médica en la cual determina lo mismo que plasmo la Corte Suprema de Jsuticia en la sentencia anteriormente citada es decir que puede ser contractual o extra contractual dependiendo de si existe o no un acuerdo de voluntades:

*“La responsabilidad médica puede ser contractual o extracontractual. Sera de la primera clase, cuando entre el enfermo y el médico se haya celebrado un contrato, anterior o coetáneo a la intervención de aquel, y también cuando haya existido una estipulación para otro, porque es verdaderamente en el cumplimiento de obligaciones contractuales cuando el médico compromete su responsabilidad. Sera la segunda especié, cuando no exista una convención directa ente el profesional y el paciente, ni estemos en presencia de una estipulación para otro”*

<sup>5</sup>

### **2.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA POR EL MÉDICO.**

Una forma como se clasifican las obligaciones en nuestro sistema jurídico está dada por las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados, entendidas las primeras como aquéllas en las que el deudor no está obligado a lograr el resultado y las segunda como aquellas donde el deudor se obliga a lograr el resultado, Álvaro

---

<sup>5</sup> Pérez Vives, A (2011) Teoría General de las Obligación VOL III Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 159.

Pérez Vives en su libro Teoría General de las Obligaciones (2011) incluye un capítulo dedicado a hablar sobre los efectos de las obligaciones haciendo una distinción entre las obligaciones de medio y de resultado en el cual expone:

*“A diferencia de las obligaciones de resultado, en la de medio o medios, el deudor no se compromete a ejecutar un hecho preciso y determinado, si no a poner la debida diligencia y cuidado”.<sup>5</sup>*

Teniendo esta diferencia clara entre las dos forma de obligarse se procede a firma como lo ha venido haciendo la doctrina y la jurisprudencia que por regla generar la obligación del médico es de medio, debido a que este no se compromete a lograr el resultado, pero si se compromete a colocar todo su conocimiento y cuidado para lograr una mejoría, excepcionalmente puede ser de resultado, como en el caso de las cirugías estéticas donde por la modalidad de la obligación el paciente si espera un resultado que le favorezca.

Al respectó a esta clasificación la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de marzo de 2013 se expresa:

*“La clasificación de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado no se encuentra consagrada en las codificaciones que siguieron el hito planteado por el derecho francés con el code civil en 1804 y fue desarrollada por los juristas de principios del siglo veinte para solucionar algunas dificultades encontradas en orden a determinar las diferentes tipologías que puede asumir el contenido de la obligación, para definir la forma en la que se puede dar cumplimiento al compromiso asumido por el deudor , así como para comprender adecuadamente los requisitos exigibles en materia de responsabilidad contractual, específicamente el relacionado con la prueba de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad , así como la posibilidad de acreditar o no la diligencia empleada como medio al alcance del deudor en diversos supuesto de la responsabilidad contractual”<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2013, 05 de marzo) M.P solarte Rodríguez, A

Esta tesis de la Corte Suprema de Justicia resuelve una de las discusiones que tenía los doctrinantes sobre la inexistencia de las obligaciones de medio y de resultado, como en la ley no están consagradas una parte de la doctrina decía que no existían por tal motivo la Corte hizo esta breve explicación que nos deja claro que no son creación legal si no doctrinaria para resolver los vacíos que presentaba la ley en este aspecto

La Corte también nos expresa en esta sentencia que:

*“En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultados lo contingente está presente en una misma proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho acreditado”.<sup>6</sup>*

Este concepto de Corte Suprema de Justicia nos trae algo innovador que es el azar y el acaso dándonos a entender la Corte que en las obligaciones de medio puede ocurrir la mejoría o no del paciente, los cuales no dependen del médico si no de circunstancias ajenas a él como el organismo de paciente, la efectividad del medicamento, entre otros. Por tanto en responsabilidad medica la obligación del médico como generalmente es de medio no está sujeta a que se produzca el resultado que se espera, sino que son las circunstancias de modo, tiempo y lugar las que van a determinar si se da o no el resultado, mientras que en las obligaciones de resultado sucede lo contrario debido a que la capacidad del médico es suficiente para lograr el resultado esperado, el médico debe poner todo su conocimiento a favor del paciente para lograr el resultado que este espera de acuerdo a la obligación que asumió.

### 2.1.3. LA CULPA MÉDICA

Un de los elementos mas importante para la responsabilidad médica es la culpa, por ser esta la que va a determinar la responsabilidad o no del médico, pues si hay daño y no hay culpa el médico no va a responder, igualmente si hay culpa y no hay daño tampoco habrá responsabilidad civil.

Se entiende por culpa en sentido estricto como aquella violación de la diligencia y cuidado que la persona debe de observar para ocasionar el mínimo daño posible, en este orden de idea se puede afirmar que a la persona se le impone un deber, una obligación, de que con su actuar no le genere el mínimo daño a otra persona. Javier Tamayo Jaramillo (2011) nos da un concepto sencillo sobre este tema quien afirma

*“La culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado”<sup>7</sup>*

La Corte suprema de justicia en sentencia de 2014 expone:

*“Cuando la conducta negligente del médico interfiere en la cadena de causas que ocasionan un daño al paciente, sin que se pueda determinar a ciencia cierta cuál fue el aporte del profesional en el perjuicio final pero sin que tampoco sea posible exonerarlo de responsabilidad dado que su acción u omisión culposa contribuyo en gran parte al desencadenamiento del resultado lesivo, es necesario aceptar que la negligencia del facultativo resto oportunidad de cura a la salud del segundo”*

<sup>8</sup>

Por ultimo analizaremos nuevamente a Pérez Vives (2011) quien plantea una problemática sobre la culpa médica en su libro, problemática cuya discusión aun en la actualidad se sigue presentando sobre todo en Colombia:

---

<sup>7</sup> Tamayo Jaramillo, J (2011), Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá, Colombia: Legis  
<sup>8</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2014, 8 de julio), M.P. García Restrepo , A

*“Es menester acudir a las reglas del artículo 1604, puesto que siendo una obligación de medios la que tiene a su cargo el facultativo, lo compromete a observar un grado especial de diligencia para cada tipo contractual”; si la intervención del médico es en exclusivo beneficio del paciente ¿será de la culpa lata únicamente que habrá de responder?”.*<sup>9</sup>

Resulta muy importante citar la problemática que plantea este autor con respecto a la culpa ya que esta investigación está enfocada a estudiar todo lo que tiene que ver con la responsabilidad médica en especial lo referente a los modelos de imputación que se están manejando en este momento para llegar a la conclusión si es posible adoptar otros modelos que estén acorde con el derecho a la salud consagrado en la Constitución Política de Colombia, cabe destacar que a partir de la promulgación de esta, en 1991 la responsabilidad médica tomo otro rumbo debido a que nuestro país paso a ser un Estado Social de Derecho, lo que lo colocaba en una situación de protector de todos los integrantes del territorio, es así como adopta derecho y garantía para lograr este fin.

#### **2.1.4. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y EL DERECHO A LA SALUD**

Es muy importante este punto porque es donde se estableciera la relación de la constitución política frente a la responsabilidad médica, como se está manejando en este momento la responsabilidad médica frente a derecho a la salud, como vimos anteriormente Colombia es un Estado Social de Derecho lo que implica que todo en el estado gira en torno a la dignidad humana, es por eso que el estado adopta derechos y garantías que conlleven a la protección de cada uno de sus habitantes , Luis Serrano Escobar (2000) en su libro Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica hace un despliegue muy importante sobre el tema y dice:

---

<sup>9</sup> Pérez Vives, A (2011) Teoría General de las Obligaciones VOL III Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA pag.183

*"Colombia es un estado social que implica que el país asume la forma de estado-bienestar, que garantiza estándares mínimos de salario, salud, alimentación, educación, vivienda, asegurado para todos los ciudadanos como un derecho y no simplemente como una caridad"<sup>10</sup>*

Entre los derechos que consagro nuestra Constitución Política como fundamental está el derecho a la vida plasmado en el artículo 11 que reza:

*"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte"<sup>11</sup>*

Más adelante en el artículo 49 consagra el derecho a la salud no como derecho fundamental si no como un derecho social, económico y cultural, el cual en su primera parte consagra:

*"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.".<sup>11</sup>*

Resulta un poco incongruente que el derecho a la vida este consagrado como un derecho fundamental y el derecho a la salud como un derecho económico, social y cultural, si el derecho a la salud está íntimamente ligado al derecho a la vida, lo que conlleva a que se le dé una mejor protección, pero a pesar de esto no está desprotegido porque se le da una protección como derecho fundamental Luis Serrano Escobar nos dice:

*"Por ser inherentes a la persona humana, son fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentra el derecho a salud".<sup>12</sup>*

Con base en estos dos artículos se da un cambio fundamental en la responsabilidad médica pues el Estado entra a ser protector del derecho a la salud, implementando mecanismos que conlleven a su protección y evitar que sean vulnerados por acción

---

<sup>10</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica, Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y ley LTDA pág. 59

<sup>11</sup> Colombia (1991) Constitución Política

<sup>12</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica, Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA pág.60

u omisión de los profesionales de la salud, uno de esos mecanismo es la acción tutela que le da la posibilidad a la persona que vea sus derecho fundamental a la salud vulnerado o amenazado por una entidad estatal o un particular, recurrir a ella para lograr su protección. Todavía no logramos entender si existe una responsabilidad médica porque los juzgados siguen llenos de tutelas de persona que exigen protección de sus derecho a la salud ya sea porque no tiene una atención oportuna o porque no se le realiza un procedimiento que necesitan con urgencia.

En teoría todo suena muy hermoso pero en la realidad suceden otras cosas que no son tan agradable como la ley nos dice, la razón es que nuestro sistema de salud es muy débil y nuestras normatividad de responsabilidad medica no ayuda tampoco, lo que conlleva a que diariamente se presente violación de los derechos a los paciente comenzando con el diagnostico errado, pasando por la no atención oportuna y concluyendo con el denominado paseo de la muerte.

Volviendo a tema que nos interesa, la responsabilidad médica con el derecho a la salud cabe destacar que las normas de responsabilidad médica precisamente son un mecanismo que ha implementado el Estado para lograr su deber de proteger la salud de todos los habitantes, que aunque en la realidad muchas veces no se aprecie de esta manera, es por ello qué en las normas de responsabilidad medica se han incluido las obligaciones del médico para con el paciente, entre los que se encuentra la atención oportuna, el consentimiento informado y el secreto profesional entre otros, también ha implementado sanciones de tipo civil y penal para que los profesionales de la salud responda cuando por su culpa ha generado un perjuicio al paciente.

## 2.2. ESTADO DEL ARTE

Hablar de responsabilidad médica en Colombia es remitirse a más de un siglo de retroceso si comparamos con la fecha en que se adoptó el código civil 26 de mayo de 1873 a través de la ley 84, que en su artículo 2341 fundamenta la responsabilidad civil extracontractual, al obligar a la persona que ha causado daño a otra persona con culpa a reparar el perjuicio causado por su negligencia, solo unos años más tarde fue que se empezó hablar de responsabilidad médica. Cabe destacar que desde 1905 se empezó a reglamentar el uso de la medicina en Colombia a través del decreto ley 592 del 8 de junio, dejándose por fuera la responsabilidad médica, solamente se ajuntaba a los parámetros que establecía el artículo 2341 del código civil.

El 4 de diciembre de 1935 se expide la ley 67 en la cual se consagra la responsabilidad civil y penal para los profesionales de la medicina, iniciando a partir de este momento la responsabilidad médica en Colombia, por fin el legislador se preocupó por crear un régimen de responsabilidad que se aplicaran a los profesionales de la salud cuando en el ejercicio de sus funciones le ocasionaran un daño a un paciente, pero aun así seguía existiendo un gran vacío legislativo en este aspecto, Luis Serrano Escobar (2000) en su libro *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica* al referirse a los antecedentes de la responsabilidad médica en Colombia se refiere a esta ley en los siguientes términos:

*"En esta ley se consagra que la profesión de médico constituye una función social y que por tanto este como los demás profesionales serán responsables civil y penalmente, no solos por sus actos sino también por sus omisiones en el ejercicio médico".<sup>13</sup>*

Tomando las apreciaciones de este autor se puede destacar los avances que trajo la ley, al pasar de un decreto que establecía solamente normas de tipo moral al consagrar el secreto profesional (decreto ley 592 de 1905), a una ley que da el punto

---

<sup>13</sup> Serrano Escobar, L (2000) *Nuevos conceptos de Responsabilidad Médica*, Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y ley LTDA pág. 65

de partida para la reglamentación de la responsabilidad medica tanto civil como penal, además de agregar que puede ser por sus acciones u omisiones.

En 1940 la Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre la responsabilidad medica tras una discusión que existía sobre la naturaleza jurídica de esta, pues algunos afirmaban que la responsabilidad medica solo puede ser extracontractual por lo tanto debía ser regida por el código civil, dejando la responsabilidad medica contractual como inexistente, la Corte Suprema de Justicia entra a aclarar la discusión en sentencia del 5 de marzo y establece que las responsabilidad medica puede ser contractual o extracontractual, y para sustentar su tesis hace referencia a la jurisprudencia francesa donde la discusión había sido finalizada hace años:

*“La responsabilidad contractual parte de la base de la existencia de un contrato; la responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete o incurre en la falta. Es la coacción social, expresada en forma de ley, según los autores, de donde dimana esta responsabilidad y entonces las disposiciones aplicables son las que regulan la culpa extracontractual, artículos 2341 y siguientes del Código Civil.*

*Fuera de la responsabilidad contractual del médico existe la responsabilidad extracontractual, que los tratadistas franceses denominan delictual, y que es muy diversa de aquélla en sus fundamentos”.*<sup>14</sup>

Pero el pronunciamiento de la Corte no solo se remite a la naturaleza jurídica de la responsabilidad médica sino que también se pronuncia con respecto a la culpa médica en la cual toma también los aportes de la legislación francesa y expresa lo siguiente;

*" la sentencia de la Corte de la Casación Francesa, de fecha 27 de octubre de 1938, en la cual sentó esta doctrina:*

*"Fuera de la negligencia o de la imprudencia que todo hombre puede cometer, el médico no responde sino cuando, en consonancia con el estado de la ciencia o*

---

<sup>14</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1940, 5 de marzo) M.P. Liborio Escallon

*de acuerdo con las reglas consagradas por la práctica de su arte, tuvo la imprudencia, la falta de atención o la negligencia que le son imputables y que revelan un desconocimiento cierto de sus deberes".*

*El expositor Lalou, obra citada, de acuerdo con esa doctrina sostiene que la responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave, lo cual es exacto por lo que ya acaba de expresarse."<sup>14</sup>*

Otro punto importantísimo que recalca la Corte en esta sentencia es el tema del régimen de la culpa, tanto en la responsabilidad civil contractual como en la responsabilidad civil extracontractual del médico, dejando en claro que por regla general se le aplicara el régimen de la culpa probada por ser una obligación de medio, dice la Corte;

*"La responsabilidad civil de los médicos está regido en la legislación por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y esta se incumple , cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado" <sup>14</sup>*

En 1954 el 23 de septiembre se expide el decreto 2831 denominado CÓDIGO DE MORAL MEDICA, que reglamenta los deberes generales de médico, los deberes del médico con los pacientes y un capítulo dedicado a las sanciones, por citar solo las más destacadas, aunque el código se expidió para reglamentar a fondo la responsabilidad médica, en la realidad no cumplió su cometido debido a que solo hacía referencia a algunos puntos de la responsabilidad medica dejando en el aire otros de suma importancia, Serrano Escobar (2000) expresa:

*"Señalando por primera vez una serie de principios morales que debían regir la profesión médica per en la práctica se encontraron muchos vacíos en dicho código y algunas incongruencias que dificultaron su aplicación"<sup>15</sup>*

---

<sup>15</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica, Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 69

El 18 de febrero 1981 debido a todos los vacíos e inconvenientes que presentaba el decreto 2831 se expide la ley 23 cuyo propósito principal era la de estructurar un código que llenara todos esos vacíos que se presentaban con el código anterior y de una vez solucionar todos los inconvenientes que se estaban presentando con el tema de la responsabilidad médica, Serrano Escobar nos dice:

*"La característica principal de la ley 23 de 1981 es que con forma un conjunto de normas que propende por el ejercicio responsable, correcto y honesto de la medicina, estableciendo una serie de deberes y derechos de los médicos, dentro de un marco filosófico y ético que fundamenta todo el cuerpo normativo" <sup>15</sup>*

En 1986 en sentencia del 26 de noviembre la Corte Suprema de Justicia aborda nuevamente el tema, de la obligación asumida por el médico en relación con el paciente dejando claro como ya lo había hecho en 1940 que en la responsabilidad medica contractual la obligación que asume el medico generalmente es de medio y no de resultado por tanto este solo está comprometido a poner todo su conocimiento para logra una mejoría, además deja en claro que en las cirugías estéticas cuando el médico le promete un resultado al paciente la obligación que asume será de resultado:

*"La jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado el enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que sabía que era el indicado."<sup>16</sup>*

El 1991 con la expedición de la Constitución Política de Colombia la salud logra un cambio de 180 grados, pues al adoptarse la modalidad de Estado-protector, se asumió la protección del derecho a la salud por parte del Estado, con lo cual se esperaba que la responsabilidad medica también tuviese un cambio pero no

---

<sup>16</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1986, 26 de noviembre) M.P. Gómez Uribe

sucedió, solo se dio un pequeño cambio desde el punto de la protección del derecho a la vida, donde el medico se ve obligado a poner todo su conocimiento y cuidado para proteger su derecho fundamental, sin que este implique que se obligue a garantizar la vida de la persona, si ni de poner todo su conocimiento y cuidado para generar el mínimo error posible.

A pesar del gran avance que significo la Constitución de 1991 para todos los habitantes por ser una constitución muy garantista, se siguieron presentando inconvenientes que aún subsisten en la actualidad como son el error de diagnóstico, la no atención oportuna o el llamado paseo de la muerte, mientras que la jurisprudencia se sigue enfrascándose en discusiones que ya ha sido resuelta como lo son obligaciones de medio o de resultado, o la responsabilidad contractual o extracontractual del médico, solo por citar algunos ejemplos. En el 2002 la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de septiembre, se pronuncia con respecto al diagnóstico errado en el cual estipula que cuando un médico le genere perjuicios a un paciente como consecuencia de un error en el diagnostico o tratamiento debe indemnizarlo, expresa la corte:

*"En el campo de la responsabilidad civil el acto médico puede generar para el profesional, que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente como resultado de incurrir en yerro de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actuó por negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de esta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamento de diversa índole, inadecuados agravan su estado, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a su condición clínico -patológica".<sup>17</sup>*

Es muy significativa esta intervención de la Corte por ser una situación que se sigue presentando en la actualidad, pues muchos medidos con la simple sintomatología empieza a medicar, si hacer unos estudios profundos que le permitan tener la certeza de la verdadera patología que presenta el paciente, ocasionándole a este

---

<sup>17</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2002, 3 de septiembre) M.P. Báchara Simancas

en algunas ocasiones un resultado peor al que estaban presentando. La Corte también en su sentencia hace referencia a esta situación al abordar el tema de la carga de la prueba, en la cual como ya se había dicho en sentencia de 1940 el paciente debe demostrar la culpa o la negligencia del médico, por estar su responsabilidad bajo el régimen de la culpa probada por eso nuevamente se hace énfasis en la importancia de esta sentencia que nos deja claro que al médico se le debe probar la culpa y el nexo causal entre la culpa y el daño producido, elementos muy importante de la responsabilidad civil, dice la Corte:

*"Si, entonces, el medico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrados , el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente que le causa un perjuicio específico, este debe con sujeción a ese acuerdo demostrar, en línea de principio , el comportamiento culpable de aquel en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización"*<sup>17</sup>

En el año 2010 entra la Corte Suprema de Justicia nuevamente a pronunciarse sobre la responsabilidad civil que adquieren las instituciones hospitalaria y clínica para determinar su responsabilidad cuando se le ocasionan un daño a un paciente bajo su cuidado, tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia se ha concluido que estas instituciones solo cumplen un papel de seguridad, es decir solo se obligan a la seguridad del paciente, por lo cual la Corte, como lo hizo en esta sentencia, le ha tocado de pronunciarse para determinar cuando son responsables directo del daño ocasionado al paciente , al respecto dice la Corte en la citada sentencia:

*"En tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones con ocasiona al cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados, o, en general mediando la intervención del médico que dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, comprometan, en ese orden de idea, los centros clínicos hospitalarios incurrirán*

*en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico" <sup>18</sup>.*

En agosto de 2011 volviendo al tema de la culpa médica la Corte Suprema de Justicia retoma la discusión haciendo un despliegue argumentativo para dejar en claro otra vez que el medico solo responde por yerros derivados de su imprudencia o negligencia, por tanto cuando esta sea determinante del daño debe responderle a paciente, dice la Corte:

*"Vale decir que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal, puede exigírseles, solo los yerros derivados de la de la imprudencia, impericia, ligereza, o del descuido de los galenos dará lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con su equivocado diagnosis ocasionen (...)" <sup>19</sup>*

En el 2013 en sentencia del 5 de noviembre se aborda nuevamente el tema de la responsabilidades de medio y de resultados formando una discusión que termina en un salvamento de voto por la decisión de la Corte Suprema de Justicia que resulta muy interesante, al expresarse sobre la forma como se ha venido manejando tradicionalmente la responsabilidad medica en las cirugías estéticas donde la persona o el paciente espera un resultado determinado, sin importar si el cirujano lo estipuló o no en el consentimiento informado, por lo cual suena un poco desacertado el argumento que utilizó la Corte para no cazar la sentencia estableciendo que en las intervenciones estéticas o de belleza por la naturaleza de esta, el medico puede estar adquiriendo una obligación de medio y no de resultado, por tanto al paciente le toca probar que el medico se obligó a alcanzar el resultado, al respecto dice Jesús Ruten Ruiz en su salvamento de voto;

*"No es cierto que la caracterización de una obligación contractual como de medio o de resultado "pueda" derivar del alcance del compromiso asumido al momento de celebrar el convenio; si no que por línea de principio, el significado de una relación contractual se determinar siempre por la intención de las partes, sea que este se halla manifestado de modo expreso o no. De hecho la esencia misma del*

---

<sup>18</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2010, 22 de julio) M.P. Munar Cadena

<sup>19</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2011, 8 de agosto) M.P. Munar Cadena

*vínculo jurídico lleva implícito la naturaleza de la prestación que emana de la voluntad de las partes.*

*Tampoco es acertado sostener que la clasificación de un contrato de prestación de servicios médicos como de medio o de resultados dependan en algunos eventos de la propia naturaleza de la intervención; porque es la naturaleza de la de prestación justamente, la que determina el sentido y alcance del acuerdo".<sup>20</sup>*

En el 2014 la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de noviembre se vuelve a referir a la negligencia médica en la cual argumenta que no basta con sólo tomar todas precauciones antes o después de la intervención si no también después, pues si se demuestra que su conducta negligente inferior en el resultado aunque no se pueda comprobar con qué grado influyo debe el médico responder ;

*"Probada como está la negligencia del facultativo considerando dentro de marco de probabilidades, que esa negligencia incidió en las complicaciones post-quirúrgicas que sufrió el paciente no puede menos que admitirse que esa conducta culposa resto posibilidades a la curación de la enfermedad que padecía el demandado por lo que no es por el daño final en sí que deben responder las demandadas, si no por haberle restado, con su omisión negligente oportunidad de sanar a quien estaba bajo su cuidado".<sup>21</sup>*

Manuel Guillermo Sarmiento García quién en su libro Estudios de Responsabilidad Civil (2009), trata una problemática moderna para la responsabilidad médica por estar acorde con la realidad que se vive en este tema en la actualidad, la responsabilidad médica por el hecho de las cosas, que aunque en Colombia no existe por no estar consagrada en nuestro Código Civil, pero que en Francia donde la responsabilidad civil está más avanzada está siendo aplicada con gran éxito, pues existen caso en los que el galeno actúa con diligencia y cuidado, pero por un error en el aparato o en la máquina que esté utilizando causa un daño al paciente sin que medie la culpa de este, originando la discusión sobre de quien fue la culpa si del médico o del aparato que utilizó, en Colombia está claro que siempre la culpa va a

---

<sup>20</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2013, 5 de noviembre) M.P. Solarte Rodríguez

<sup>21</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2014, 19 de noviembre) M.P. Fernando García

ser del médico independientemente si incidió o no en el resultado, en Francia la culpa es de la cosa pero el medico debe responder por estar la cosa bajo su custodia.

Al respecto de este tema el autor dice:

*“La aplicación del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas a la actividad medica no ha sido tarea fácil, ni siquiera en aquellos países como Francia y argentina, cuyas legislaciones civiles consagran este régimen en el campo extracontractual, y menos en Colombia, donde en ausencia de un principio general en esta materia, durante mucho tiempo se puso en duda hasta el mismo régimen de responsabilidad derivado del hecho propio, discutiéndose si el médico, dada su preeminencia tanto científica como social, podía ser considerado civilmente responsable por daños causados en el ejercicio de su actividad profesional”.<sup>22</sup>*

---

<sup>22</sup> Sarmiento García, M (2009) Estudios de Responsabilidad Civil 2.Ed, Bogotá Colombia: Universidad Externado

## CAPITULO TRES:

### ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Antes de hablar de la responsabilidad médica, es conveniente tratar la responsabilidad civil de manera general por ser de esta donde se deriva la primera. Se entiende por responsabilidad civil aquella que deriva de la obligación de indemnizar lo perjuicios que una persona cause a otra como consecuencia de una conducta culposa, ya sea por su acción o por su omisión. Si bien en el Código Civil encontramos el fundamento de la responsabilidad civil aplicable solo a la extracontractual también se aplica a la responsabilidad civil contractual, Javier Tamayo Jaramillo en su libro Tratado de Responsabilidad Civil (2011) nos amplía el concepto al afirmar:

*"La responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causo, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros, como se ha dicho el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito e cuasidelito o la violación del deber general de prudencia"*<sup>23</sup>

Como se puede abstraer del anterior concepto la responsabilidad civil nace de un comportamiento ilícito que ocasiona un daño a una persona, originando para el que lo genero la obligación jurídica de indemnizar los perjuicios causados. Además se puede concluir que no solo se aplica a la modalidad contractual sino también a la extra contractual. La única diferencia que habría entre ambas es que mientras la extracontractual surge de un hecho ilícito que genere perjuicios, la contractual nace

---

<sup>23</sup> Tamayo Jaramillo, j (2011), Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá, Colombia: Legis. Pág. 8

del incumplimiento del acuerdo de voluntades o la obligación asumida por el acreedor.

Teniendo este concepto claro podemos seguir con los siguientes punto para determinar como esta conformada la responsabilidad médica.

### 3.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Se entiende por responsabilidad médica aquella que nace en virtud de la relación médico-paciente, donde un profesional de la salud por su acción u omisión ha causado un daño a un paciente o a terceros, como consecuencia de su culpa o negligencia, naciendo en este (profesional de la salud) el deber jurídico de reparar el daño causado.

La Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias se ha pronunciado sobre la responsabilidad civil del médico, como en el caso de la sentencia del 26 de noviembre de 1986, donde nos da un breve concepto de cómo nace este tipo de responsabilidad civil al expresar:

*"El médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación o su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar"<sup>24</sup>*

De los expresado por la Corte en esta sentencia se desprende que la responsabilidad medica se deriva de la omisión o violación del deber legal que tiene el médico de poner toda su diligencia y cuidado a favor del paciente con la finalidad

---

<sup>24</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1986, 26 de noviembre) M.P. Gómez Uribe.

de conseguir su curación o mejoría, ocasionando con su descuido o negligencia perjuicios en la salud de este (paciente), incurriendo así en una conducta ilícita que el juez va a entrar a valorar para establecer su responsabilidad en el perjuicio causado y determinar la respectiva indemnización de perjuicios.

La responsabilidad civil médica puede ser contractual o extracontractual, la contractual es la que nace del acuerdo de voluntades, es decir un contrato de prestación de servicio entre el médico y el paciente, sus familiares o en su defecto cualquier persona que tenga la custodia del paciente, que se entiende aceptado a través del consentimiento informado que lo desarrollaremos más adelante. La extracontractual surge cuando no existe un acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente, ya sea porque el paciente llegó en un estado de inconciencia que le impide firmar el consentimiento o porque debido a su gravedad no puede firmarlo en ese momento. también puede ser extracontractual cuando con el actuar del médico se le ocasionó daños a terceros ajenos a la relación médico -paciente

La Corte en misma sentencia del 26 de noviembre del 86 expresa:

*"Cuando de responsabilidad civil se trate por ejercicio profesional del médico, ella puede ser contractual cuando se origina en el incumplimiento del contrato, o extracontractual si nace de un hecho que perjudica a otro, sin que exista un vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien lo sufre, debiéndose en ambas situaciones responder por la conducta irregular, igual que en todos los campos de la actividad humana"*<sup>24</sup>

Es importante tener claro esta clasificación para poder determinar la obligación asumida por el galeno, pues si se trata de responsabilidad contractual por regla general su obligación es de medio lo que quiere decir que solo se obliga a poner todo su conocimiento y cuidado para lograr su curación o sanidad, excepcionalmente su obligación es de resultado como es el caso de las cirugías estéticas donde el médico se obliga a obtener un resultado concreto y específico favorable al paciente. En la responsabilidad extracontractual no importa esta clasificación al ser el hecho ilícito lo determinante para incurrir en responsabilidad.

### 3.2. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La responsabilidad médica al igual que cualquier modalidad de responsabilidad civil tiene su estructura, cuyos elementos deben darse en su totalidad para que pueda generarse los efectos jurídicos, la falta de alguno de los elementos acarrearía la ausencia de responsabilidad del profesional de la salud. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de septiembre de 2002 aclara que para que el paciente pueda tener éxito en su demanda debe demostrar el daño sufrido y el nexo causal entre el daño y el comportamiento culposo del médico si pretende una favorabilidad de su demanda, además nos deja claro los tres elementos de la responsabilidad médica, dice la Corte en dicha sentencia refiriéndose al paciente:

*"Este debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente"*<sup>25</sup>

Javier Tamayo Jaramillo (2011) en su libro Tratado de Responsabilidad Civil también trae un concepto muy interesante sobre la estructura de la responsabilidad civil, en el punto titulado ELEMENTOS COMUNES TANTO A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL COMO LA EXTRA CONTRACTUAL. Al respecto él dice:

*"Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual encontramos algunos elementos que le son comunes en efecto, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual exigen una conducta del demandado, en algunas oportunidades esa conducta del demandado debe ser culposa, ahora, es*

---

<sup>25</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2002, 13 de septiembre) M.P. Bachara Simancas

*necesario que haya un daño, y que ese daño sea causado por la conducta del agente*<sup>26</sup>

El aporte de este autor al dejar en claro que los elementos de las responsabilidades médicas se aplican tanto a la modalidad contractual como a la extra contractual nos ilustra que las dos modalidades de responsabilidad tienen la misma estructura. También se puede observar que divide la estructura de la responsabilidad en cuatro elementos como son, la conducta, la culpa o no del demandado, el daño y el nexo causal entre el daño y la conducta. Si bien estructura la responsabilidad civil de manera sencilla, se puede concluir que en esta clasificación el problema está en el segundo elemento pues, él afirma que muchas veces la conducta no es culposa pero causa un daño, situación que no es así en la realidad al exigir el legislador que toda conducta debe ser culposa para incurrir en responsabilidad si no hay comportamiento culposo el juez no va a declarar la responsabilidad civil, al ser la culpa, el descuido, la negligencia del agente, lo primordial que entra a valorar, razón por la cual se afirma que si no existe comportamiento culposo no habría responsabilidad, por falta de un elemento primordial.

### **3.2.1. EL DAÑO**

La palabra daño se deriva del vocablo dañar que significa causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Con base en estos conceptos el daño en responsabilidad civil médica se puede definir como el perjuicio o el detrimento que sufre el paciente o terceros en su vida o en sus bienes, como resultado de una conducta desplegada por el médico ya sea por acción o por omisión. Fundamento que lo encontramos en el código civil al sentar como regla general que todo aquel que ha inferido daño a otro, por culpa o dolo, está en el deber jurídico de repararlo.

---

<sup>26</sup> Tamayo Jaramillo, J (2011) Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá, Colombia: Legis. Pág. 187

Aunque el Código Civil no define el daño si nos da una regla general para buscar su reparación al consagrar el en artículo 2343, el fundamento sobre quién debe responder por el daño causado a una persona, al consagrar lo siguiente:

*"Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos"*<sup>27</sup>

Se puede considerar que el daño es el elemento más importante de la responsabilidad médica, pues una vez originado es que se va a entrar a valorar los demás elementos, resumidamente el daño es lo primero que se debe verificar, si no hay daño no habrá culpa y mucho menos nexos causal. Marcelo López (2007) en su Tratado de Responsabilidad Civil, cita a Maita Naveira Zarra quien se expresa del daño como esa matriz que constituye la responsabilidad civil:

*"El daño es uno de los presupuestos necesarios para poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil. Es más, podemos decir que se trata del presupuesto matriz, porque en función de él están preordenados los demás requisitos o presupuestos de aquella. No en vano la consecuencia que deriva de la concurrencia de responsabilidad civil es el nacimiento, a cargo del sujeto responsable, de la obligación de reparar el daño causado, de modo tal que, en ausencia de daño, ninguna obligación nace porque nada hay que reparar"*<sup>28</sup>

Tamayo Jaramillo (2011) en su Tratado de Responsabilidad Civil también explica la importancia del daño como una necesidad de la responsabilidad civil para luego concluir dándonos una definición del mismo:

*"Para que haya responsabilidad contractual o extracontractual es preciso que el demandante haya sufrido un daño. El simple hecho del comportamiento culposo del agente no genera por si solo la responsabilidad civil."*

*Por daño civilmente indemnizable entendemos el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o*

---

<sup>27</sup> Código Civil Colombiano

<sup>28</sup> López Meza, M (2007) Tratado de Responsabilidad Médica. Buenos Aires, Argentina: Ubijos. Pág. 162

*extramatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima*<sup>29</sup>.

Con este aporte de Tamayo Jaramillo (2011) se concluye que el daño se divide en daño patrimonial, entendido como el que se causa físicamente a la víctima o a terceros ya sea en su cuerpo o su patrimonio. Y el daño extra patrimonial, el que afecta la dignidad humana del paciente por lesionar o vulnerar los derechos inalienables de este como persona o afecta su moral, un ejemplo es cuando se vulnera su derecho a la vida, o cuando la persona sufre afecciones psicológicas que le impide que disfrute de sus derechos político, sociales y culturales.

Jurisprudencialmente se divide el daño como daño físico, daño moral, los cuales los desarrollare en el capítulo correspondiente.

### **3.2.2. EL NEXO CAUSAL.**

El nexo causal es un elemento de la responsabilidad civil que requiere de un análisis minucioso a la hora de determinar la responsabilidad del agente, al ser este elemento el que va a determinar si la culpa del agente género o no el daño. Se denomina nexo causal a la relación que debe existir entre el daño ocasionado al paciente o a terceros y la conducta culposa desplegada por el médico, es decir, que el daño sea consecuencia del comportamiento, ya sea por culpa o por negligencia del médico, si no existe esta relación entre los dos elementos (daño-culpa), no habría responsabilidad civil del médico.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de marzo de 1940 se expresa sobre el nexo causal:

*"Puede sentarse como regla general que en los litigios sobre responsabilidad profesional médica, como en todo problema de responsabilidad, debe establecerse la relación de causalidad entre el acto implicado al médico y el daño*

---

<sup>29</sup> Tamayo Jaramillo, J (2011) Tratado de Responsabilidad Civil , Bogotá, Colombia: Legis pág. 246

*sufrido por el cliente. Por lo tanto el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputa, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquella.*"<sup>30</sup>

Tamayo Jaramillo (2011) en su Tratado de Responsabilidad Civil diferencia dos clases de nexo causal dependiendo si el resultado se le puede imputar jurídicamente al demandado o si por el contrario por existir una causal de exoneración no se le puede imputar el resultado, es lo que él denomina causalidad física y causalidad jurídica, en su libro expresa lo siguiente:

*"En efecto la causalidad jurídica significa que el hecho le es imputable jurídicamente al demandante. Ahora bien en pocas oportunidades la causalidad física constituye al mismo tiempo causalidad jurídica. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona causa una lesión en forma dolosa, en tales circunstancias existe causalidad jurídica como causalidad física.*"<sup>31</sup>

En conclusión se puede afirmar sobre el nexo de causalidad que es el elemento de la responsabilidad médica encaminado a determinar la responsabilidad del médico en el daño causado, por ende este debe desvirtuarlo para no incurrir en responsabilidad civil. Es lo que se conoce como el rompimiento del nexo causal que lo tratare más adelante.

### **3.2.3. LA CULPA**

La culpa es el elemento de la responsabilidad civil que más discusión tiene en la Corte Suprema de Justicia, por ser la que va a determinar si hay responsabilidad por el daño causado o no, la Corte, sabiendo que la medicina no es una profesión exenta de errores, ha aplicado el régimen de la culpa que establece nuestra

---

<sup>30</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1940, 5 de marzo) M.P. Liborio Escallon

<sup>31</sup> Tamayo Jaramillo, J (2011) Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá, Colombia: Legis. Pág. 249

legislación, con el fin de limitar la actividad médica a las observancias de todas las medidas necesarias que permitan ocasionar el mínimo error posible.

Doctrinalmente también se le ha dado una gran importancia a la culpa tanto en responsabilidad civil como en responsabilidad médica, Luis Guillermo Serrano (2011) en su libro Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica trae un concepto de la culpa tomada de los hermanos Mazeud quienes la definen como:

*"La culpa es un error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas del autor de daño"*<sup>32</sup>

Pérez Vives (2011) por su parte en su libro Teoría General de las Obligaciones nos habla de la culpa de la siguiente forma:

*"La teoría de la culpa médica, sostiene que el medico solo puede ser responsable de aquella negligencia de aquella suficiente para comprometer su responsabilidad ,es decir, cuando se haya demostrado una imprudencia, un descuido, una negligencia , una ignorancia imperdonables (error grosero)"*<sup>33</sup>

Pérez de Leal (1995) por su parte en su libro Responsabilidad Civil del Médico la define la falta de precaución o imprudencia:

*"Podemos afirmar que existe culpa cuando por descuido, negligencia, falta de precaución o imprudencia no se ha obrado como se hubiere debido hacerlo, provocando de este modo un daño sin que haya mediado un propósito deliberado del victimario en tal sentido".*<sup>34</sup>

Con base en estos conceptos se puede afirmar que la culpa médica es aquella que resulta de la imprudencia, descuido o negligencia del médico, que ha dejado como consecuencia un daño al paciente o a terceros, generándole perjuicios que no esta obligado a soportar.

---

<sup>32</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevo Concepto de Responsabilidad medica Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 36

<sup>33</sup> Pérez Vives, A (2011) teoría General de las Obligaciones VOL. III, Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 180

<sup>34</sup> Pérez de Leal (1995) Responsabilidad Civil del Médico, Tendencias Clásicas y Modernas, Buenos Aires, argentina: Universidad pág. 31

En sentencia de 5 de marzo de 1940 la Corte Suprema de Justicia con respecto a la culpa médica establece que esta debe ser cometida por un médico, pues es su característica primordial, para poder generar responsabilidad.

*"La apreciación de la culpa imputada a un médico, en unos casos requiere la estimación de una cuestión técnica de orden médico y en otros esa estimación no es necesaria. Más en ninguno de los dos casos anteriores puede deducirse responsabilidad sino cuando se trata de una culpa caracterizada cometida por el médico. Es necesaria la evidencia de la culpa y del perjuicio para deducir la responsabilidad. No siendo la misión de los jueces en el primer caso decidir".<sup>35</sup>*

En esta sentencia la Corte también afirma que como la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada se debe demostrar no solamente la certidumbre de la culpa si no la gravedad que se presume de la culpa, para terminar concluyendo que la culpa debe ser grave:

*"Es preciso que la culpa sea grave, dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad."<sup>36</sup>*

Para finalizar el tema de la culpa es menester referirnos a la discusión que se está teniendo en este momento sobre este tema, más que todo en materia contractual médica. Al momento de establecer la culpa, primero se debe demostrar la obligación asumida por el médico, como se había dicho anteriormenete, si su obligación es de medio o es de resultado, por regla general es de medio, luego se debe determinar el régimen de culpa aplicable es decir la carga de la prueba si es culpa probada, propia de las obligaciones de medio o es culpa presunta, aplicable a las obligaciones de resultado. Desde la sentencia de 1940 la Corte Suprema de Justicia aclaro que en las cirugías con fines estéticos el médico asumía una obligación de resultado y se había estado manejando así hasta 2014 que la Corte cambió el concepto de la culpa presunta, este tema lo tratare en el último capítulo.

---

<sup>35</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1940, 5 de marzo) M.P. Liborio Escallon

### 3.2.4. CAUSALES DE EXONERACIÓN.

Se puede presentar ocasiones en las que el galeno pone todo su conocimiento y cuidado para cumplir con su obligación con el paciente, pero por circunstancias ajenas a su voluntad ocurre lo contrario y en vez del cumplimiento de obligación que asumió, el resultado es un daño con culpa no imputable a él, para estas circunstancias el legislador estableció las causales de exoneración de responsabilidad, entendidas esta como aquella que tienen como finalidad el rompimiento del nexo causal para demostrar la inculpabilidad del médico. Por eso es importante que el medico demuestre que actuó de manera prudente y cuidadosa.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de noviembre de 2010 hace una pequeña síntesis de manera general sobre las causales de exoneración de responsabilidad, aclarando que cuando se le causa un daño al paciente en su salud o su cuerpo, no se le podrá imputar al médico si este no concurrió en dicha culpa.

*“No puede soslayarse que el quehacer médico, pese a estar ajustado a los métodos científicos, ocasione un daño en el cuerpo o en la salud del enfermo, el cual no podría atribuirse al profesional de la medicina, en la medida en que no hubiere concurrido culposamente en su producción o agravamiento”<sup>36</sup>*

Como causales de ausencia de responsabilidad tenemos:

- Fuerza mayor o caso fortuito
- Culpa exclusiva de la víctima
- Culpa exclusiva de un tercero

---

<sup>36</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2010, 26 de noviembre) M.P. Munar Cadena

- **Fuerza mayor o caso fortuito**

Bajo esta causal se enmarcan todos los acontecimientos ajenos a la voluntad del galeno que de manera imprevisible e irresistible suceden sin que este pueda hacer algo para evitarlo. Se entiende que aunque el médico haya puesto todo su conocimiento y cuidado para no producir el resultado, este se da como consecuencia de un suceso inesperado que por más que hubiese querido evitarlo no hubiera podido.

La Corte Suprema de Justicia en el año 2010 en sentencia del 26 de noviembre se pronuncia al respecto de la fuerza mayor y el caso fortuito como causal de exoneración de responsabilidad, con base al riesgo que conllevan los procedimientos quirúrgicos y anestésicos, de la siguiente forma:

*“En fin, el riesgo puede estimarse “como la posibilidad de ocurrencia de determinados accidentes médico-quirúrgicos que, por su etiología, frecuencia, y características, resultan imprevisibles e inevitables”. Desde esa perspectiva, en línea de principio, tanto el riesgo quirúrgico como el anestésico no son reprochables al galeno, por su imprevisibilidad e inevitabilidad y, por ende no suele generar obligación preparatoria a cargo de este”<sup>36</sup>*

En esta misma sentencia un poco más adelante la Corte entabla la incertidumbre que rodea la ciencia médica en algunas circunstancias, debido a que es una ciencia que está en constante evolución día a día resolviéndose interrogantes pero planteándose a su vez nuevos interrogantes, circunstancias estas que conlleva que no se puedan prever ciertas situaciones que no se han resuelto, o que no se pueda evitar ciertos resultados, siendo necesario que no medie la culpa del galeno, establece la Corte Suprema de Justicia:

*“Por supuesto que una ciencia tan compleja como la médica tiene limitaciones, pues aún existen por doquier interrogantes sin resolver, a la vez que desconoce todavía explicación de múltiples fenómenos fisiológicos, químicos o farmacéuticos, amén que en muchas circunstancias parte de premisas hipotéticas que no han podido ser comprobadas con el rigor científico requerido, a la vez que tratamientos aceptados e instituidos habitualmente, están condicionados, en no*

*pocos casos, por factores imprevisibles o inevitables. Dicha realidad se ve traducida en situaciones que escapan a la previsión y prudencia más rigurosas, motivos por el cual si el daño tiene génesis en ellas será menester calificar esas contingencias como eximentes de responsabilidad”.*<sup>36</sup>

Por último la Corte también expresa en esta sentencia que existen ciertas circunstancias donde el estado del paciente o sus reacciones orgánicas ya sea a los medicamentos o a la intervención, generan situaciones imprevisibles e inevitables que dejan como resultado un daño a este, por lo que es deber del juez determinar esas circunstancias para determinar la responsabilidad, puntualiza la Corte:

*“El estado del paciente y su reacciones orgánicas también pueden generar situaciones francamente imprevisibles que debe evaluar el juzgador al momento de determinar la responsabilidad medica; así, un marcado deterioro del estado de la salud puede incrementar el riesgo anestésico y quirúrgicos, o el suministro de ciertos fármacos pueden ocasionar en el enfermo reacciones inesperada – alérgicas, tóxicas, idiosincrásicas, etc.-, que en la actualidad no es posible evitar con los recursos que la ciencia y la técnica medica ofrecen, como tampoco paliar algunos de sus efectos.”*<sup>36</sup>

La fuerza mayor y el caso fortuito se caracterizan por los conceptos de irresistible e imprevisibilidad, lo que quiere decir que el médico debe demostrar su prudencia y cuidado para poder exonerarse.

Irresistible: implica que el resultado no se pueda evitar que acontezca por más que se utilicen todos los medios para evitarlo.

Imprevisible: El resultado no se puede prevé que se acontezca.

- **Culpa exclusiva de la víctima**

Se presenta esta causal cuando el paciente fue el que desencadenó el resultado que genera el daño, es decir su conducta exclusivamente fue determinante para

ocasionar el daño, sin que el médico hubiese intervenido en este, por ejemplo cuando el médico le aconseja a un paciente que suspenda un medicamento que está tomando 15 días antes de practicarle la intervención, lo cual él no lo hace y el día de la intervención fallece como consecuencia de los fármacos. Cabe resalta que para operar la causal en este caso, la recomendación de suspender el tratamiento debe constar en el consentimiento informado que el paciente le firme al médico.

Pérez de Leal (1995) en su libro Responsabilidad Civil del Médico indica que esta conducta del paciente deber ser de tal gravedad que dé como resultado el daño.

*“No cualquier conducta del paciente tendrá relevancia por sí y podrá invocarse como causal de exoneración del profesional, si no que la conducta del enfermo, por su gravedad, deberá ser determinante del perjuicio que alega.*

*“Para que el hecho de la víctima pueda liberar totalmente de responsabilidad, es necesario que su conducta haya sido la causa adecuada y exclusiva del daño”<sup>37</sup>*

- **Culpa exclusiva de un tercero.**

Se alega esta casual cuando el médico ha actuado diligente y cuidadosamente, pero un tercero ajeno a la relación médico-paciente despliega el hecho que genera el daño, sin que ni el médico ni el paciente medien en este resultado.

---

<sup>37</sup> Pérez de Leal (1995) Responsabilidad Civil del Médico, Tendencias Clásicas y Modernas. Buenos Aires, Argentina: Universidad. Pág. 117

## **CAPITULO CUATRO:**

### **DERECHO DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA.**

Al momento de determinar la responsabilidad medica, los derechos de los usuarios al sistema de salud juegan un papel determinante para estructurar su elementos específicamente el daño. Precisamente el legislador estableció deberes que el médico debe cumplir para con el paciente, cuyo incumplimiento generan responsabilidad, por estar esos deberes diseñados con la finalidad de garantizar que a los pacientes se les genere el mínimo daño posible y que se les proporcionen una buena atención en condiciones de eficiencia y calidad como lo establece la constitución política para lograr evitar que se le vulnere su derecho a la salud suscitando así que no se le cause ningún perjuicio en su salud o en sus bienes.

En Colombia a los usuarios del sistema de salud se le ha dado una protección tanto constitucional como legalmente e incluso jurisprudencialmente a través de nuestras Altas Cortes por ser un derecho cuya protección está a cargo del estado, es por ello que día a día vemos como este derecho evoluciona hasta tal punto que hoy es considerado un derecho fundamental, pero a pesar de todo lo que se ha logrado aun se presentan muchos inconvenientes donde los mas afectados son los pacientes quienes les toca padecer la ineficiencia del sistema de salud.

Constitucionalmente encontramos que en el artículo 49 de la constitución se encuentra plasmado el derecho a la salud como un derecho a cargo del estado, derecho que doctrinalmente como jurisprudencialmente se ha desarrollado como un derecho fundamental de la persona. Anteriormente en el artículo 48 se consagra la seguridad social integral como derecho irrenunciable, lo que implica que todo colombiano debe estar afiliado al sistema de salud sea como contribuyente o como subsidiado.

Legalmente encontramos la ley 100 de 1993, todas sus adicciones y modificaciones, que reglamenta el sistema general de salud que establece la constitución en el artículo 48, esta ley se expidió con el fin de garantizar el acceso de todos colombiano al servicio de salud y mejorar la calidad del servicio en el país, lo cual no se dio en

la realidad pues desde 1993 hasta más o menos 2012 un gran número de colombiano no tenían acceso al servicio de salud, sobre todo personas del régimen subsidiado que no contaban con una afiliación al sistema, situación que llevo al presidente Juan Manuel santo a unificar los regímenes subsidiados y contributivo a través del FOSIGA y así lograr la cobertura del sistema para todos los colombiano.

Francisco Benarte (2010) afirma en su libro Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica:

*"La consagración constitucional del derecho a la salud y la posterior expedición de la ley 100 de 93 conocidas como ley de la seguridad social propendían por el acceso universal a la salud en unas condiciones favorables para todos los habitantes del territorio nacional, situaciones, una y otras -nos referimos al acceso y la calidad en la prestación del servicio a la salud- que se encontraba para la fecha de la expedición de la normatividad en materia de seguridad social en unas condiciones lamentables, en tanto que el acceso a la prestación del servicio de salud no cubría una parte significativa de nuestra población , y las condiciones en las que se prestaba este servicio no eran las mejores.".*<sup>38</sup>

Para reforzar la ley 100 sobre todo en lo que tiene que ver con la prestación del servicio donde diariamente se escuchaban noticias de personas que morían porque no encontraban clínica u hospital donde los atendieran, o porque no recibía una atención oportuna, o para evitar la saturación de los juzgados con acciones de tutelas de pacientes buscando que se les autorizara un medicamento o un procedimiento determinando que necesitaban con urgencia, el 16 de febrero de 2015 el presidente Juan Manuel Santos sanciona la ley estatutaria de salud, ley 1751 de 2015, la cual consagra a la salud como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, cuya finalidad era la de solucionar todos los inconvenientes que presentaba el sistema de salud en lo que tiene que ver con la atención al usuario.

Por último, jurisprudencialmente encontramos numerosas sentencias de tutelas de la corte constitucional donde se pronuncia sobre la protección que merece el

---

<sup>38</sup> Benarte Ochoa, F (2010) Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica, Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.pág. 17-18.

derecho a la salud, dejando muy en claro que este aunque no esté consagrado en el texto constitucional como un derecho fundamental, tenía esta calidad por ser inherentes la persona, además que muchas veces por conexidad con otro derecho fundamental como el derecho a la vida debía ser protegido como derecho fundamental, todos esos pronunciamientos de la Corte Constitucional lograron que el derecho a la salud adquiriera la categoría de derecho fundamental.

#### **4.1. DERECHO A LA SALUD DE LOS COLOMBIANOS ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.**

En derecho a la salud en nuestra constitución político se encuentra consagrado en el capítulo II, De los derechos sociales, económicos y culturales, artículo 49 que reza:

*"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del estado se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

*Corresponde al estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los servicios de eficiencia, universalidad, y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejerce su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley."<sup>39</sup>*

Como lo expresa el citado artículo la salud es un derecho que está a cargo del estado, por consiguiente este debe garantizar no solamente el acceso de todos los habitantes del territorio a este derecho, si no también garantizar el goce y el disfrute del mismo sin ninguna excepción. Otorgándole una gran importancia que ha llevado

---

<sup>39</sup> Colombia, Constitución Política de 1991

que por vía judicial a través de tutela sea protegido cuando sea vulnerado amenazado por una entidad pública o privada.

Es tal la importancia del derecho a la salud que la Corte Constitucional en numerosas sentencias de tutelas se ha pronunciado respecto a la categoría de derecho fundamental que adquiere, dejando muy en claro que no solo son derechos fundamentales los que se encuentran consagrados en la constitución si no también los que son inherentes a las persona humana, pues esto es lo que le da la categoría de fundamental a un derecho, por tanto la salud es un derecho fundamental al ser inherente a la persona humana y sobre todo porque está en íntima conexidad con el derecho a la vida.

Luis Guillermo Serrano (2000) en su libro Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica al abordad el tema del derecho a la salud en Colombia también consagrado desde otra perspectiva que los derechos económicos, sociales y culturales ostenta la connotación de derecho fundamenta aunque no esté consagrados como tal.

*“Por ser inherentes a la persona humana, son fundamentales los derechos económicos, sociales, y culturales entre los cuales se encuentra el derecho a la salud”<sup>40</sup>*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparten igual pensamiento al considerar el derecho a la salud como derecho fundamental aunque en el texto constitucional no este consagrado como tal, ya teniendo esto claro analizaremos el segundo párrafo del artículo 49 que establece tres principios en los que se debe regir el servicio de salud en Colombia:

- Eficiencia: Implica que con los recurso que se giran al sistema de salud se logren los objetivos planteados en la Constitución como son la promoción, protección y recuperación.
- Universalidad: Que el derecho a la salud se aplique a todos los residentes del país sin ninguna distinción en todas las etapas de su vida.

---

<sup>40</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica, Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 60

- Solidaridad: Si bien la salud está a cargo del estado todo debemos aportar para que se garantice su prestación.

Estos tres principios aplicados armónicamente al sistema de salud, se consideran que no son suficiente para contrarresta el problema que representa la salud en Colombia, siendo la salud un derecho tan complejo, regido por tres principio, conlleva a lo que se está viviendo actualmente, su vulneración y amenaza tanto en lo que tiene que ver con la prestación del servicio a cargo del estado, como lo que se refiere al derecho fundamental de la persona.

#### **4.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.**

Colombia no siempre fue protector del derecho a la salud como lo es actualmente, Durante más de un siglo la salud se consideró un problema privado de cada persona y no en un problemas a cargo del estado, específicamente durante el periodo que va desde antes de la Constitución de 1991, Colombia nunca asumió la protección del salud, sino que, cada persona debía solucionar sus problemas de salud con sus propios medios, debido a que la constitución de 1886 no estableció que el estado debía garantizar que todos los habitantes tuvieran acceso a los servicios de salud.

En 1991 con la entrada en vigencia de la Constitución política del mismo año se da un logro muy significativo para el derecho a la salud al traer la constitución en su texto el derecho a la salud, no como derecho fundamental, pero si como un derecho social, económico y cultural, lo que llevo a la discusión por años de su calidad de derecho fundamental, desde 1992 la corte constitucional en numerosas sentencias se pronunció con respecto a la discusión dejando en claro que la salud era un derecho fundamental aunque no se encontrara en el texto de los derecho fundamentales, también afirmo que era un derecho fundamental por conexidad por estar íntimamente ligado con el derecho a la vida, por tanto desprotegerlo en algunos casos era vulnerar o amenazar inclusive atentar contra el derecho a la vida.

Benarte Ochoa (2010), expresa:

*"Entres los derechos que más desarrollo han tenido desde la carta de 91 tanto en la jurisprudencia como en la práctica, encontramos el derecho a la salud. Si bien una mirada a la carta política permitiría concluir que fue intención del constituyente no considerar el derecho a la salud como un derecho fundamental, si no como un derecho fundamental por conexidad con el derecho fundamental a la vida, o incluso como un derecho pragmático, una cuidadosa observación de los tratados internacionales sobre la materia permitirían entenderlo como fundamental a la luz de la conocida teoría del bloque d constitucionalidad" <sup>41</sup>*

Pero a pesar de toda esta protección que se le estaba dando al derecho a la salud desde 1991 hasta 2014, en muchas circunstancias resultaba siendo violado y vulnerado hasta tal punto que se lesionaba el derecho a la vida del paciente, al morir antes de ser atendidos o al no encontrar una clínica u hospital donde ingresar ya que se negaban a recibirlos alegando que no tenía camillas, o simplemente porque el la EPS no tenía contrato con ellos, generándose así un caos en el sistema de salud colombiano que duro más de una década para ser resuelto y que los medios y doctrinantes denominaron como el carrusel de la muerte.

Además de todos esto se presentaban muchas dificultades con los medicamentos que estaban incluidos dentro del POS(Plan Obligatorio de Salud), al negar las EPS (Empresa Prestadora de Salud), la entrega de medicamentos que no estuviesen incluidos dentro de este, como en muchos casos se trataba de medicamentos para tratar enfermedades terminales, a los pacientes o sus familiares le tocaba acudir a la jurisdicción ordinaria por vía de tutela para que un juez ordenara a la EPS, la entrega de los medicamentos y así ampara el derecho a la vida que estaba siendo vulnerado en ese momento. Es así como como la Corte Constitucional al revisar las

---

<sup>41</sup> Benarte Ochoa, F (2010) Imputación Objetiva y Responsabilidad penal Médica, Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario. Pág. 17

sentencias empieza a pronunciarse sobre la calidad de fundamental del derecho a la salud.

A pesar de todos esos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la calidad de derecho fundamental del derecho a la salud desde 1992 hasta 2014, la situación no mejorara y seguían presentándose los mismo inconvenientes con los paciente, situaciones estas que llevaron a que por iniciativa del presidente Juan Manuel Santos se sancionara la ley estatutaria de salud, ley 1751 de 2015, cuyo objetivo primordial es establecer la salud como un derecho fundamental autónomo y acabar de una vez por toda con el denominado carrusel de la muerte situación que aun persiste.

### **4.3. DERECHO DEL PACIENTE SEGÚN LA LEY**

Para reglamentar el derecho a la salud consagrado en la constitución la ley además de regularla en su funcionamiento y accesibilidad, ha establecido una serie de derechos para los pacientes, los cuales deben ser respetados y protegidos tanto por los profesionales de la salud como por las entidades e instituciones prestadoras de servicios.

En 1981 se expidió la ley 23, conocida como ley de ética médica, que regula la responsabilidad de los profesionales de la salud, en el título II que trata sobre la práctica profesional en el capítulo I denominado de las relaciones del médico con el paciente, encontramos una serie de derechos para los pacientes como son:

#### **4.3.1. LIBRE ELECCIÓN DEL MEDICO**

Con base al derecho constitucional a la libertad que tenemos todos los cuidados para tomar de manera libre y espontánea nuestras propias decisiones, a través de las leyes medicas tambien se se nos brinda esa posibilidad para escoger al profesional de la salud que deseamos que nos atienda, es por eso que la ley 23 de

1981 establece como un derecho del paciente la libre elección del médico cuyo artículo establece:

*Art. 4: " La asistencia médica se fundamentara en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetara en lo posible este derecho. Conc. D. 3380/81 art.2 en el trabajo institucional el derecho de libre elección del médico por parte del paciente estará sujeto a las posibilidades ofrecidas por cada institución".<sup>42</sup>*

Por regla general el paciente de manera libre y voluntaria elige al profesional de la salud que desea que lo asista sin que las EPS o las IPS, se lo impongan o se lo prohíban a excepción de los servicios de urgencias, donde el paciente debe ser atendido por el médico que esté disponible, por lo que el paciente no puede considerar su derecho a la libre elección vulnerado, pues lo que prima es preservar la salud e integridad del mismo.

#### **4.3.2. LIBERTAD PARA PRESCINDIR DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR EL MEDICO.**

Además de la libertad de elegir al profesional que desea que los asista la ley también le otorga la facultad al paciente de prescindir su servicio cuando lo considere necesario, decisión que debe ser respetada por el respectivo médico tratante. Para asegurar este derecho se consagró en el artículo 8 de la ley 23 del 81 lo siguiente:

*Art. 8: "El médico respetara la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios. Conc. D. 3380/81. Art. 5. El medico respetara la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios, siempre y cuando el paciente tenga capacidad de manifestar su libre albedrío."*

---

<sup>42</sup> Colombia, Ley 23 de 1981.

En el momento que crea conveniente el paciente podrá libremente, de manera autónoma prescindir de los servicios prestados por el médico, sea porque no está conforme con el servicio prestado o porque no quiere seguir con el servicio o simplemente porque desea ser asistido por otro médico, en cuyo caso se le debe respetar su decisión, siempre y cuando tenga capacidad para valerse por sí mismos, sin necesidad que le coloquen inconvenientes para suspender el respectivo servicio.

#### **4.3.3. RECIBIR UN BUEN DIAGNOSTICO:**

Uno de los derechos más importantes del paciente es recibir un buen diagnóstico, no solo porque va a determinar el tratamiento, la intervención<sup>1</sup> o el procedimiento a seguir sino también porque es el que va a evitar que se le ocasionen al paciente perjuicios innecesarios por una mala praxis o por un tratamiento inadecuado. Establece el artículo 10 de la ley 23:

*Art. 10: El medico dedicara a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.*

*Parágrafo: El medico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos o quirúrgicos que no se justifiquen. Conc. D. 3380/81. Art. 7. Se entiende por examen médico innecesario o tratamientos injustificados:*

*A) los prescritos sin previo examen general.*

*B) los que no corresponden a la situación clínicopatológica del paciente.*

Es muy interesante este derecho por permitir que el medico conozca con exactitud al paciente y el cuadro clínico que presentan, por eso la ley obliga al paciente a no ocultarle nada al médico, si no suministrarle toda la información que le permita a este hacer una buena diálisis. Es un derecho que depende tanto del médico como del paciente, del médico por la revisión general que le debe hacer y del paciente por la información que este debe suministrarle sobre su patología y antecedentes clínico-patológicos.

Del diagnóstico depende la curación o mejoría del paciente, o su agravación, motivo que lleva al médico a realizar la respectiva revisión general del mismo, después de haberlo entrevistado y recolectado toda la información que le permita concluir un primer diagnóstico, y si es conveniente cerciorarse si esta en lo correcto o no a través de exámenes de laboratorio.

#### **4.3.4. RECIBIR APOYO DEL MEDICO EN TODO MOMENTO.**

La responsabilidad del médico para con el paciente se extiende durante todas las etapas del procedimiento es decir, antes, durante y después de la respectiva intervención, razón por la cual este en todas estas etapas debe de darle la mejor asistencia al paciente con el fin de lograr un resultado favorable a este. Asistencia que conlleva las recomendaciones que debe seguir en todas las etapas del procedimiento, la información sobre los cuidado que debe seguir y el respectivo control que debe hacer, además de realizar todos los exámenes necesarios que le permitan determinar con exactitud lo que tiene el paciente. Reza el artículo 11 de la ley 23

*Art. 11: "la actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentarios que despierte preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas"*

Ademas el médico siempre tiene que darle palabras de aliento al paciente o a sus familiares en caso de inconciencia de este, sin incurrir en falsas expectativas asegurándoles un determinado resultado, con la finalidad de mantener su tranquilidad y calma hasta que no haya más nada que hacer por él.

#### **4.3.5. NO SER EXPUESTO A RIESGOS INJUSTIFICADO.**

Con este derecho se busca que el médico ante de realizarle algún procedimiento al paciente tenga plena certeza de la patología del mismo, por lo cual debe utilizar todos los medios científicos disponibles que le permitan con exactitud determinar el cuadro clínico patológico del paciente siempre y cuando la situación lo amerite. El artículo 15 de la ley 23 nos indica:

*Art. 15:" El medico no expondrá a sus pacientes a riesgo injustificado. Conc. D .3380/81. Art. 9. Se entiende por riesgo injustificado aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no corresponda a las condiciones clínico-patológicas del mismo".*

Anteriormente cité una intervención de la Corte Suprema de Justicia en la cual se pronunciaba sobre el riesgo que acarrea los procedimientos quirúrgicos y anestésicos, en la cual concluía que estos procedimientos en si acarreaban un riesgo que no podía ser imputado al médico por ser una situación que se le escapa de las manos porque provenían de un hecho inevitables e imprevisible.

Cuándo se someta al paciente al este riesgo de manera injustificada el medico incurre en una violación de este derecho por tanto responder, igualmente en el hecho de que se equivoque de medicamento entre otros situaciones.

#### **4.3.6. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.**

Se entiende por consentimiento informado aquel acto voluntario por medio del cual el paciente manifiestas de forma libre y espontánea su decisión de aceptar la intervención que el médico le realizará, previa información por parte de este sobre la respectiva intervención que le realizara, los riesgos que conlleva entre otros aspectos.

En el segundo punto del artículo 14 de la ley 23 se estipula:

*"Pedirá el consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicara al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente".*

En la responsabilidad contractual medica el consentimiento informado juega un papel muy importante a la hora de determinar la responsabilidad del médico, por ser el documento que va a probar el cumplimiento o no del médico.

Este derecho es tan importante para el paciente porque a través de el va a expresar de manera libre y voluntaria su decisión de seguir o no con el procedimiento, previa información que le indique el medico sobre el procedimiento a realizar, el tratamiento, los riesgo del dicho procedimiento, los pros y los contras que este represente y sobre todo las indicaciones que hubiera este que seguir antes y después del procedimiento.

### **QUIEN PUEDE DAR EL CONSENTIMIENTO?**

Por regla general el consentimiento lo debe dar directamente el paciente por escrito de manera autónoma y libre, salvo en los caso de menores de edad, cuyo consentimiento lo debe dar sus padres o representantes, en los casos de personas discapacitadas mentalmente, el consentimiento lo debe dar su tutor o representante y en los casos de estado de inconciencia de pacientes que ingresen de urgencia, el consentimiento lo debe dar sus familias o acompañantes o las personas la próximas a este.

### **IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO MEDIO DE PRUEBA.**

Como medio de prueba en un proceso de responsabilidad médica, el consentimiento informado, a la hora de determinar el cumplimiento o incumplimiento del médico se ha convertido en una prueba importante, por ser a través de este donde se delimitara el tipo de obligación asumida por el médico, si es de medio o es de resultado, dependiendo de la información suministrada paciente, el tipo de procedimiento a realizar y las expectativas que le haya generado.

#### **4.3.7. ELABORACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.**

Se entiende por historia clínica aquel documento que contiene toda la información del paciente, desde sus datos personales y familiares hasta un resumen de su cuadro hepático, antecedentes clínicos. Etc. Todo paciente tiene derecho a que el medico le realice la respectiva anamnesis apenas inicien la respectiva atención, es por ello que el médico tratante debe reportar de forma cronológica la información relevante de todo lo que se le realice al paciente. Dice el artículo 34 de la ley.

*Art. 34: "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley".*

#### **4.3.8. Ley 1751 de 2015.**

A raíz de todas las situaciones que se presentaban en el sistema de salud con la atención a los usuarios, la accesibilidad del mismo y la cantidad de tutelas que llegaban a los juzgado día a día pidiendo amparo de su derecho a la salud que estaba siendo vulnerado, hasta tal punto que amenazaba el derecho a la vida, se expidió la ley 1751 cuya finalidad primordial era categorizar a la salud como un derecho fundamental autónomo y acabar por fin con la mala prestación del servicio de salud que en algunas ocasiones cobro la vida de muchos usuarios. Esta ley en

su artículo 10 trae una serie de derechos aplicados a los usuarios del sistema. Los mas relevantes son:

#### **4.3.9. ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS**

Como se había venido observando en el país, los usuarios de los servicios de salud día a día tenían que sufrir por las restricciones que se encontraban en las EPS en el momento de acceder a algunos servicios especialmente los que no estaban cubiertos por el POS (Plan Obligatorio de Salud), los procedimientos de alto costo, o algunas intervenciones quirúrgicas, entre otras, que generaban un exceso de tutelas en los juzgados por parte de los usuarios para que por vía judicial se ordenara a las EPS la prestación del respectivo servicio. Todo esta situación conlleva a que se implementaran en el literal A de la ley 1751 la accesibilidad a los servicios de salud, establece el respectivo numeral.

*a)"A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad"*

Por mandato constitucional así se establece en el artículo 49 donde se puede evidenciar que todos los habitantes del territorio colombiano tiene derecho a acceder a los servicio de salud sin importar su condición social o racial, quedando en el estado la obligación de garantizar dicho acceso.

#### **4.3.10. ATENCIÓN OPORTUNA.**

La atención oportuna es de vital importancia para el paciente sobre todo en los caso de urgencia donde en muchos caso está en riesgo la vida del paciente, es por eso que el gobierno plasmó como un derecho del paciente la atención oportuna con el fin de frenar los abusos que cometían las clínicas y hospitales con los usuario, al

negarse a atenderlos argumentando que no tenían camilla o simplemente porque no tenían contrato con la EPS.

*" b) Recibe la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno"*

Antes de la ley 1751 los pacientes en Colombia, cuando se trataba de servicios de urgencia veían vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y la vida al no recibir la atención que ameritaba su caso, e incluso muchos pacientes morían esperando una atención que nunca llegaba, para solucionar esta situación se consagro la atención oportuna como un derecho del paciente, entendida esta como la atención que debe recibir al paciente de acuerdo al estado que llegue a un centro hospitalario dependiendo de cómo este catalogada su sintomatología en el triage de atención, es decir si es atención inmediata o amerita esperar para ser atendido.

#### **4.3.11. CONSENTIMIENTO INFORMADO.**

Con respecto en lo consagrado en la ley 23 del 81 sobre el consentimiento informado, esta nueva ley lo profundizó con base en todos los puntos que la jurisprudencia había tratado sobre el consentimiento sobre todo en lo que tiene que ver con el contenido del mismo, estipula la ley en el literal d:

*“Obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud”.*

## **CAPITULO CINCO:**

### **MANEJO EN COLOMBIA DE LOS DAÑOS OCASIONADO POR LA ACTIVIDAD MÉDICA.**

Para abordar este capítulo es necesario aclarar que desde 1940 con la sentencia de 5 de marzo la responsabilidad médica se dividió en contractual o extracontractual, anteriormente se consideraba que era extracontractual, con esta división se dio un cambio en el manejo del daño médico diferenciándose el daño contractual médico al daño extracontractual médico, al primero se le aplicaba todo lo concerniente al acto médico, dependiendo la obligación que hubiese asumido el médico, mientras que a la segunda se le aplicaba lo estipulado en el código civil artículo 2304 y ss. Que regula toda la responsabilidad extracontractual en general.

Cabe anotar también que con la constitución de 1991 que consagra a Colombia como un estado social derecho, por consiguiente protector de la dignidad humana, se estipulan derechos fundamentales para todos sus asociados los cuales hay que garantizar, entre esos se consagró el derecho a la salud que como explique anteriormente no gozaba de la categoría de derecho fundamental hasta que la corte empezó a pronunciarse sobre esto. Pues bien la constitución en su artículo 49 consagró a la salud como un servicio a cargo de estado por lo que este debía asegurar su prestación, convirtiéndolo en un servicio público. Además también estableció el artículo 90 para imputar a estado los daños antijurídicos que se hubiere causado sus agentes en los ejercicios de sus funciones, naciendo así la responsabilidad médica estatal para que el estado responda por los daños que ocasionen al paciente como consecuencia de las fallas del servicio de salud.

Para concluir como el código civil no establece todos los supuestos sobre el daño, ya sea contractual como extracontractual, la jurisprudencia de la corte suprema basando en los doctrinantes y fallos de otros tribunales como el francés, ha desarrollado el daño, logrando un gran régimen de responsabilidad que lo tratare más adelante.

## **5.1. DEL DAÑO EN RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA LEY.**

Para hablar de responsabilidad médica desde el punto de vista de la constitución y la ley desde el punto de vista del artículo 49 de la constitución, habría que distinguir la responsabilidad médica estatal de la responsabilidad civil médica.

El artículo 49 de la constitución al establecer el servicio de salud a cargo del estado, lo constituyó en garante de la prestación del servicio con la finalidad de lograr la eficiencia, la universalidad y la solidaridad que establece el citado artículo debe regir el sistema de salud. Con el fin de regular esa obligación del estado con el servicio de salud se creó la ley 100 del 93, que a la vez dio origen a las EPS ( Empresa Prestadora del Servicio), entidades a quienes se les delegó la prestación del servicio de salud tanto para las personas que tuviesen capacidad de pago como para las que no.

Estas entidades debía garantizar que los usuarios del sistema tuviesen acceso a los servicios de salud que prestaban tanto los hospitales públicos como los privado, lo cual muchas veces no se daba, causando al paciente una mayor gravedad o la muerte, daños estos que eran imputados al estado con base al daño antijurídico que establecía la constitución en el artículo 90.

Con respecto a la ley encontramos las estipulaciones que establece el código civil con relación al daño, el cual ha tenido un largo camino, al considerarse inicialmente que en el daño médico solo se aplicaba los supuestos que establecía el código civil para la responsabilidad extracontractual hasta que la corte en 1940 siguiendo el hito de la jurisprudencia francesa estableció que la responsabilidad medica no se podía considerar como extracontractual sino que también se debía considerar la extracontractual que nace de la voluntad de las partes, es decir del médico y el paciente.

Naciendo así el régimen bilateral de la responsabilidad médica, el que establece el código civil en la responsabilidad contractual y el que nace de la relación médico-paciente al momento de perfeccionarse el acto médico.

### **5.1.1. EL DAÑO MEDICO EN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.**

Constitucionalmente encontramos el daño antijurídico en el artículo 90 que obliga al estado a responder por los daños ocasionados por la acción u omisión de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Establece el artículo:

*"El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputable, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"*

Con base en este artículo se ha desarrollado la responsabilidad patrimonial estatal que obliga al estado a responder por los daños ocasionados por sus funcionario en el ejercicios de sus funciones, que provengan de una acción o una omisión, es una responsabilidad objetiva por tanto excluye la culpa, dejando como criterios de imputación la falla en el servicio, el daño especial y el riesgo creado. El concejo de estado con base en el artículo 90 de la constitución ha venido desarrollando la tesis de la responsabilidad medica estatal a través de sus fallos dejando en claro muchas veces que el estado debe responder por los daños causados por la no asistencia en el servicio de salud, para lo cual entra a analizar los elemento que estructuran dicha responsabilidad, como son: Que se le cause un daño a una persona proveniente de un servicio médico, que ese daño sea imputado se le pueda imputar al estado por originarse de la acción u omisión de una autoridad del estado y por último que provenga de la falla en el servicio.

### **5.1.2. MANEJÓ DEL DAÑO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY.**

Legalmente en materia civil la responsabilidad medica está regulada por lo que establece el código civil para el manejo de la responsabilidad contractual y la

extracontractual, por regla general la responsabilidad medica siempre es contractual, excepcionalmente será extracontractual, lo que no ocurría antes de 1940 donde siempre era extracontractual.

Marcelo López Mesa (2007) en su Tratado de Responsabilidad Médica establece:

*"Verdaderamente en la mayoría de los casos concretos la responsabilidad del galeno habrá de ser contractual. Ello porque la realidad de los recursos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno"* <sup>43</sup>

#### **5.1.2.1. EL DAÑO MEDICO CONTRACTUAL.**

El daño medico contractual es aquel que se origina como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato médico, entendido este como aquel que surge del acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente donde el primero se obliga con el segundo a buscar una solución a los problemas de salud que lo aquejan a cambio de una remuneración por parte segundo. Luis Guillermo Serrano (2000) lo define como:

*"Es el negocio jurídico mediante el cual el medico se compromete a tratar al paciente a cambio de una remuneración, y el paciente a seguir las indicaciones prescritas por el profesional de la salud. Contraprestación económica que se establece como regla general, pues la atención puede ser gratuita por voluntad del profesional, sin que se desdibuje la obligación contractual, que surge del consentimiento de las partes."* <sup>44</sup>

El daño contractual tiene su fuente en el artículo 1494 del Código Civil que especifica que las obligaciones nacen de los contratos y convenciones, entendidas

---

<sup>43</sup> López Mesa, M (2007) Tratado de Responsabilidad Médica, Buenos Aires, Argentina: Ubijos. Pág. 19

<sup>44</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Bogotá Colombia: Ediciones Doctrina y ley Ltda. pag.82

estas como acuerdos de voluntades entre dos o mas persona. El articulo 1494 establece:

*"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones"*<sup>45</sup>

Más adelante el Código Civil en el artículo 1495 define que es un contrato estableciendo, que es un acto por medio del cual una persona se obliga para con otra a realizar una determinada prestación, estableciendo igualmente las diferentes modalidades de obligación que puede asumir la persona dentro del contrato. Dice el Código Civil:

*"Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."*<sup>46</sup>

Según el anterior artículo las obligaciones que puede asumir la persona serán de dar, hacer o no hacer, en la primera se obliga a entregar algo, en la segunda se obliga a realizar una acción y la tercera se obliga a no realizar determinada acción. Como en el contrato médico, este se obliga con el paciente a tratarlo con el fin de conseguir su curación o por lo menos su mejoría, su obligación es de hacer y cuando no se ejecuta o se da un cumplimiento defectuoso de la obligación surge el daño contractual médico que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde el punto de vista de la obligación que asumió el médico, que como se específico anteriormente es de medio y excepcionalmente de resultado.

Para concluir con este punto el daño medico contractual puede prevenir de una inejecución del contrato o de un cumplimiento defectuoso, hay incumplimiento del contrato cuando el medico no cumple con la obligación que asumió con el paciente, es decir no lo asiste, y hay cumplimiento defectuoso cuando el medico realiza la

---

<sup>45</sup> Colombia, Código Civil

<sup>46</sup> Colombia, Código Civil

obligación que asumió pero por algún error no se logró su ejecución si no un daño en el paciente. Luis Guillermo Serrano (2000) respecto a este punto nos dice:

*"Cuando el medico no concurre a la sala de operaciones o no asistió al paciente el día convenido, aquí ha incumplido su obligación por no ejecutar el contrato estipulado , comprometiéndose sin lugar a discusión la responsabilidad del médico si ha obrado <<con culpa>>, culpa que se da al decir de Valencia zea, por el hecho de la inejecución , no siendo necesario examinar la conducta del deudor, en este caso el médico, se realizara automáticamente por el hecho de no cumplir su obligación..."*

*El profesional incumple su obligación contractual medica cuando su actuación no corresponde al deber al que se comprometió previamente en el contrato".* <sup>47</sup>

#### **5.1.2.2. DAÑO MEDICO EXTRA CONTRACTUAL**

Existe daño medico extracontractual cuando se ocasiona un daño a un paciente sin que medie un contrato de prestación de servicio entre los dos, o cuando se le cause daño a un tercero ajeno a la relación médico paciente. Este daño surge de un hecho ilícito que ha inferido daño al paciente ya sea en su salud o en sus bienes, naciendo en el causante la obligación de indemnizar dicho daño, el fundamento se encuentra consagrado en el artículo 2341 del Código Civil que establece que todo el que ha cometido un delito que ha inferido daño a otro tiene el deber jurídico de repararlo.

Cabe destacar que la relación médico paciente extracontractual se da en los supuestos de los numerales 2 y 3 del articulo 5 de la ley 23 de 1981 como son:

2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia
3. Por solicitud de terceras persona.

---

<sup>47</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica. Bogotá Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Lda. pág. 115-116.

Estos dos supuestos, sumados el supuesto de los daños que se le causen a tercero ajenos a la relación médico-paciente, son los que originan la relación extracontractual médica, que en caso de que cause un daño, dará origen a la responsabilidad extracontractual médica, donde se entrara a analizar el daño para determinar si se le puede imputar al médico o no.

El daño extracontractual como lo expresa el artículo 2347 del código civil, denominado responsabilidad por el hecho propio, puede ser causado por la persona o sus dependientes quedando igualmente obligado a indemnizarlo:

*"Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellas que estuvieren bajo su cuidado"*

Con base en este artículo el daño que ocasione un galeno a un paciente, puede ser acusado de forma:

Directa: Cuando el profesional de la salud directamente con su acción u omisión le genera el daño al paciente. En este caso sí se demuestra la culpa del médico, en el supuesto que no sea posible presumirla, este deberá reparar el daño causado al paciente por su imprudencia sí no existe una causa justificada que lo exonere de responsabilidad.

Indirecta: Cuando el daño no es producido por el profesional de la salud, si no que se da como consecuencia de un tercero que estaba bajo la dependencia del médico. Aunque el daño no se genere por la conducta desplegada por el galeno, si no por un dependiente suyo que está bajo su cuidado y vigilancia, este no queda exonerado, aun así debe reparar los perjuicios ocasionados por la conducta negligente de su dependiente.

Luis Guillermo Serrano (2000) al tratar la responsabilidad directa establece que debería haber una inversión de la carga de la prueba por considerar injusto que sea el paciente quien le toque probar el daño que alega. Lo cual no se podría aceptar si se considera que cuando la victima demanda es porque tiene las pruebas suficiente para demostrar que el daño se produjo como consecuencia de la conducta

del médico, el medico solo tiene que demostrar su diligencia y cuidado para exonerarse, dice el autor sobre el tema.

*"Si el medico en el ejercicio de su profesión causa un daño debido a su negligencia o impericia, este debe ser reparado, así no exista un contrato celebrado entre el médico y la víctima.*

*El que recibe el daño está facultado jurídicamente para reclamar la indemnización que corresponde, la tesis subjetiva que rige nuestro ordenamiento, exige que en la responsabilidad directa se demuestre la culpa del causante del perjuicio ñ, imponiendo así a la víctima la obligación de probar la culpa del médico, si desea que el daño sufrido sea reparado; nosotros consideramos que aquí debería proceder una inversión de la carga de la prueba para que sea el medico quien demuestre que obro con diligencia y cuidado y no que el paciente victima pruebe un elemento subjetivo y difícil como es la culpa." 48*

Con respecto al daño indirecto expresa:

*"Si el medico en la prestación del servicio se vale de la colaboración del personal auxiliar, y estos cometen un perjuicio, el primero se hace responsable por el daño ocasionado. Esta responsabilidad se fundamente en el deber de vigilancia y cuidado que tiene el medico respecto del personal auxiliar...*

*Es necesario precisar que esta responsabilidad por el hecho ajeno no extingue la responsabilidad personal del autor directo del daño, la victima tiene la opción de demandar al médico o al personal auxiliar, que ocasionó el daño, pero no puede obtener una doble reparación." 49*

El artículo 2356 consagra la responsabilidad causada por malicia o negligencia que se aplica tanto en la responsabilidad civil médica contractual como en la extracontractual, donde el juez entra a valorar si el daño se produjo como

---

<sup>48</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica, Bogotá Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 148

<sup>49</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica, Bogotá Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 148

consecuencia del descuido o negligencia del médico para luego imputar la responsabilidad, quedando en cabeza del médico demostrar su prudencia y diligencia para poder exonerarse. Establece el citado artículo:

*"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta."*<sup>50</sup>

## **5.2. EL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.**

A través de la jurisprudencia se ha desarrollado la responsabilidad médica en nuestro país, los jueces han tomado las normas existentes sobre la materia, a falta de norma aplicable ha optado por aplicar la normas consagradas en el Código Civil en lo referente a la responsabilidad civil e incluso en algunas ocasiones retoman grandes tratadistas y fallos de Tribunales extranjeros para aplicar su concepto a sus propios fallos, logrando así un precedente jurisprudencia que se aplican a los casos concretos, con el objetivo de encontrar una mejor solución a la situación de la controversia lo cual se traduce en un gran avance para la responsabilidad médica en nuestro país.

Actualmente los jueces antes de realizar una imputación además de establecer el daño causado y los demás elementos que conforman la responsabilidad civil, también entra a determinar la naturaleza jurídica del daño si es de origen contractual o si es de origen extracontractual, en caso de que sea contractual se entra a analizar la obligación asumida por el médico y así poder determinar la carga de la prueba. Por mucho tiempo se creyó que la responsabilidad medica era netamente extracontractual, aplicándole lo dispuesto en el Código Civil en los artículos 2341 y siguientes, lo que cambio a partir de 1940 cuando la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de marzo establece que la responsabilidad médica puede ser de origen contractual o extracontractual, es decir el daño puede surgir de un contrato médico o de un hecho ilícito del médico.

---

<sup>50</sup> Colombia, Código Civil

*"La responsabilidad del médico es contractual, no sólo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero. El contrato es por lo general verbal y en muchos casos se rige por la costumbre médica general en la respectiva localidad y no es necesario que con el médico contrate directamente el enfermo, puesto que pueden contratar los parientes de éste, el patrón del obrero y en general quienes se interesan por el enfermo..."*

*La responsabilidad contractual parte de la base de la existencia de un contrato; La responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete o incurre en la falta. Es la coacción social, expresada en forma de Ley, según los autores, de donde dimana esta responsabilidad y entonces las disposiciones aplicables son las que regulan la culpa extracontractual, artículos 2341 y siguientes del Código Civil." <sup>51</sup>*

Como se puede evidenciar en lo expuesto anteriormente, el daño contractual puede generarse por un incumplimiento o por un cumplimiento defectuoso, en 1986 la Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre la responsabilidad medica contractual en la cual se puede concluir que cuando el medico asume una obligación de resultado la cual no se da, o no se logran los resultados que el paciente esperaba, habrá un cumplimiento defectuoso de la obligación que asumió el galeno, por tanto no se puede entender como una inejecución o un incumplimiento del contrato para pedir la resolución del mismo, puesto que el médico cumplió con su obligación aunque defectuosa razón por la cual es procedente que busque la indemnización de perjuicios por los daños ocasionado y no por el incumplimiento, puntualiza la Corte Suprema de Justicia:

*"En el caso de que se trata, en que el demandado prestó el servicio de la intervención quirúrgica que le practicó a la demandante, no era procedente. La resolución o la terminación del contrato de prestación de servicios médicos a que se comprometió con aquélla, bien para suspender su ejecución en el estado en*

---

<sup>51</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia (1940, 5 de marzo) M.P. Liborio Escallon.

*que se encontrara o bien para volver las cosas al estado pre contractual, puesto que ya ejecutado, es el resultado de su cumplimiento imperfecto el que da lugar a la indemnización de perjuicios, que para el presente caso está constituido por las consecuencias nocivas que se dice dejó a la intervenida la cirugía plástica."*<sup>52</sup>

De esta sentencia de la Corte también se puede concluir que cuando no se logran resultados esperados de la intervención quirúrgica (cirugías con fines estéticos) o deja como resultados secuelas peores a las que el paciente presentaba, ese daño proviene de un incumplimiento parcial o como lo llama la doctrina un cumplimiento defectuoso, por tanto no se puede entender como una inejecución del contrato, ya que la obligación si fue asumida a cabalidad por el médico.

*"Si bien es cierto que el sentenciador condenó por "incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales del deudor", dada la naturaleza del contrato debe entenderse que ello se debe al resultado negativo de la intervención y no a que hayan quedado obligaciones insatisfechas, respecto de las cuales debía decretarse la resolución judicial que echa de menos el recurrente. Así la condena a pagar los perjuicios "de todo orden", en manera alguna implica el resarcimiento de obligaciones principales que se dejaron de cumplir, ni mucho menos la indemnización moratoria, materia ajena a este debate, por cuanto no se trata de perjuicios ocasionados por la mora de lo debido, sino que, como atrás se dijo, fue la compensación por la ejecución defectuosa del contrato."*<sup>53</sup>

En sentencia del 12 de julio de 1994 la Corte Suprema de Justicia estableciendo los daños que la responsabilidad médica contractual puede generar, indica que se puede generar perjuicios materiales y perjuicios morales, entendido los primeros como aquel detrimento que sufre el paciente en su persona o en sus bienes que a su vez se subdivide en daño emergente y lucro cesante, y los segundos entendidos como la afectación psicológica que sufre la víctima como consecuencia del daño. Si

---

<sup>52</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1986, 26 de noviembre). M.P. Gómez Uribe.

<sup>53</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1986, 26 de noviembre). M.P. Gómez Uribe

bien la Corte indico esta clasificación en la responsabilidad contractual médica cabe destacar que también es aplicable a la responsabilidad extracontractual médica.

*"Dentro de estos perjuicios resultan indemnizables tanto los materiales como los morales. Los primero comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1613 cc) que en este evento asume características particulares porque el daño emergente como la perdida que sufre el paciente por haberse incumplido imperfectamente el servicio médico profesional, si bien no comprende el deterioro y disminución Sico-física en la salud humana por su carácter estrictamente extrapatrimonial no es menos cierto que si contiene las perdidas consecuenciales de éste daño corporal valorables económicamente como serian de reducción y perdida de la capacidad laboral (que importa y tiene incidencia más bien para el lucro cesante), los gastos hospitalarios, quirúrgicos y terapéuticos, rehabilitación gasto de transporte, etc. De otra parte el lucro cesante como aquella ganancia o provecho que se deja de percibir precisamente por el daño ocasionado al cuerpo y a la salud, estaría representado por la supresión o reducción temporal o indefinida (hasta que ella subsista) de los ingresos, por efecto de la eliminación, reducción o transformación (en caso de rehabilitación para otro trabajo) de la capacidad laboral, así como algunas que especifica e inequívocamente se hayan dejado de percibir." <sup>54</sup>*

---

<sup>54</sup> Colombia corte Suprema de Justicia (1994, 12 de julio) M.P. Lafont Pianetta

## **CAPITULO SEIS:**

### **CRITERIO DE IMPUTACIÓN.**

Con base en el principio general de no hacer daño a nadie, nuestra legislación ha establecido unos criterios de imputación entendidos estos como el título o la modalidad en la cual el demandante va a justificar el perjuicio que el demandado le causó, es decir bajo que título le va a imputar el daño sufrido.

#### **6.1. ANTECEDENTES.**

Desde el inicio de la humanidad cuando el hombre despertó su conciencia y adquirió entendimiento sobre el bien y el mal, se establecieron criterios de imputación para que el ser humano respondiera por sus malas acciones, históricamente encontramos que Dios castigo a Adán y Eva por su desobediencia condenándolos a vivir una vida llena de trabajo y dolor, más adelante encontramos que Caín por matar a su hermano fue condenado a vivir errante en la tierra hasta que encontrara a la persona que debía quitarle su vida y así pagar por su crimen. Analizando estos dos casos de la biblia vemos que si bien no se entraba a valorar el motivo que llevo a la persona a cometer la conducta, existía un criterio objetivo para imputársele, es decir por el simple hecho de la persona cometer la acción se convertía en un infractor sin importar si fue intencional o si fue bajo la influencia de un tercero.

Luis Guillermo Serrano (2000) llama a este época como el periodo primitivo indicando que esta época el derecho se confundía con la religión y la brujería, afirmación que no es del todo acertada si consideramos que ese inicio, fue una época basada en la conciencia, donde el hombre empezó a diferenciar entre el bien y el mal, empieza a establecer reglas morales sobre lo que se debe hacer por estar bien y los que no se debe hacer por estar mal. Lo que si cierto en lo que establece Luis Serrano Escobar (2000) es cuando dice que la responsabilidad era eminentemente objetiva:

*"En esta relación entre particulares la responsabilidad es eminentemente objetiva y no cuenta la voluntariedad del hecho, únicamente se atiende el resultado dañoso: <<en los primitivos tiempos de la humanidad, la responsabilidad es meramente objetiva: La víctima de un daño no entra a averiguar su causa, ni si el daño es o no imputable a su autor, provenga de un ser consiente, de un infante, de un animal o de una cosa, la víctima considera el daño sufrido únicamente, y así como el niño golpea el objeto que lo hiere, del mismo modo el hombre primitivo solo pretende vengarse de quien le ha inferido un daño, causando a su vez uno análogo a su autor>>"<sup>55</sup>*

Aproximada en el año 1692 a.c se redacta el Código de Hammurabi donde se establece en algunas normas el deber de probar la imputación so pena de ser castigado, convirtiéndose en el primer antecedente imputación de la responsabilidad, al colocar en cabeza del acusador la obligación de demostrar la razón por la que estaba acusando a otra persona de un delito, del mismo modo en otras normas seguían existiendo un criterios objetivo de imputación sobre todo en lo que tiene que ver con los daño causados en la persona, donde la ley del tali3n, establecía que por el daño causado a una persona en su cuerpo esta podía como venganza causar uno igual al causante del daño, castigo que también se aplicaba a los médicos que ocasionaran daño a un paciente, estableciéndose como límite la proporcionalidad del daño causado, al determinar que no se podía cobrar más de eso so pena de ser castigado.

Con el derecho romano empieza el florecimiento de los criterios de imputación al ir los romanos más allá de lo que acontecía en la realidad, delimitando como regla general la reparación de los daños que se causaren a una persona en forma dolosa o culposa, es decir no bastaba con acusar a una persona si no que además había que probar el daño y a su vez demostrar que este se debió ya sea a su culpa o a su dolo. Comenzando así la subjetividad de la responsabilidad.

*"se consagro la lex aquilia, que es el resto normativo más importante en materia de responsabilidad en el derecho romano , que estipulaba una serie de casos*

---

<sup>55</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 8

*concretos en los que los daño causados en las personas o en los bienes ajenos, en forma dolosa o culposa daba lugar a su relación...*

*Esta responsabilidad estaba fundada en la culpabilidad, estableciendo el principio de que todo daño efectivamente ocasionado con una culpa dolosa debía ser reparado. De esta forma la culpa quiliana es una especie de pecado jurídico, siendo la víctima, a quien corresponde probar la culpa de su adversario" <sup>56</sup>*

En el siglo XIII para 1804 se promulga el Código de Napoleón en Francia, el cual tomando como fundamento el derecho romano, desarrolla los criterios de imputación en materia civil estableciendo que los daños pueden ser ocasionado por culpa, negligencia o por imprudencia de la persona, criterios que aun en la actualidad siguen vigente.

"Domat , quien prácticamente es el inspirador de los artículos 1382 a 1386 de dicho texto legal, también conocido como código de napoleón, quien fue su gestor, articulo que hace parte del capítulo "De los delitos y delos cuasicontratos", que recoge el principio general de responsabilidad civil de que todo aquel que ocasione un daño a otro debe de repararlo; a la vez establece como presupuesto de esta responsabilidad el hecho, la culpa intencional de su autor (dolo), o la culpa por imprudencia o la negligencia"

<sup>57</sup>

## **6.2. MANEJO DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY.**

El Código Civil tomando los lineamientos del código francés establece como criterio de imputación la culpa y el dolo tanto para la responsabilidad civil contractual como para la extracontractual, culpa que en materia contractual se divide en tres culpa

---

<sup>56</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 12-13.

<sup>57</sup> Serrano Escobar, L (2000) Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y ley Ltda. Pág. 15-16.

grave, culpa leve y culpa levísima, se encuentran regulada en los artículos 63 y 1604 respectivamente.

Artículo 63:

*"La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

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

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

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

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.*

*Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*

*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro."<sup>58</sup>*

Este artículo la jurisprudencia y la doctrina lo ha denominado la graduación de la culpa, por los tres grados que ofrece de la misma desde una simple culpa hasta una culpa mas grave, siendo el juez el que va a determinar el grado de imprudencia o descuido de la persona.

En el artículo anterior el legislador estableció las tres modalidades de culpas que se puede aplicar civilmente en materia contractual como consecuencia de un perjuicio causado, mas adelante en el articulo 1604 establece de qué clase de culpa

---

<sup>58</sup> Colombia, Código Civil

responde el deudor dependiendo del contrato, es decir dependiendo de la obligación que hubiese asumido el acreedor. El artículo 1604 deja establecido cuando se aplica cada grado de culpa:

*"El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

*Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes."<sup>59</sup>*

Con base en estos dos artículos se puede concluir que en materia contractual se aplican por regla general un criterio subjetivo de imputación que está basado en tres grados de culpa, dependiendo de los beneficios que genere el contrato para las partes, si el beneficio es bilateral o unilateral así también se va a imputar la culpa. Excepcionalmente también se puede aplicar el dolo si se demuestra que la persona actuó con la intención de causar daño.

En materia extracontractual no se establecen criterios de imputación o modalidades de culpa si no que se establece como criterios general el descuido o negligencia de la persona, estableciéndose un criterios general subjetivo de imputación, sin importar si fue un simple descuido o un descuido grave, lo que importa es que el daño sea ocasionado con culpa y esa culpa pueda imputársele al causante del daño.

---

<sup>59</sup> Colombia, Código Civil

En materia extracontractual encontramos el artículo 2341 y 2356, artículos que establecen los criterios de imputación en responsabilidad civil dejando establecida la regla general que en materia extracontractual los daños se rigen por la culpa.

*"En materia de responsabilidad civil contractual, ámbito al que pertenece la norma acusada, el elemento subjetivo continúa siendo un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la previsibilidad, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor...El artículo 63 del Código Civil[16] contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 ibídem señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extra contrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad:"<sup>60</sup>*

### **6.3. MANEJOS DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad médica ha establecido un manejo de los mecanismos de imputación siguiendo los parámetros del código civil, la doctrina y la legislación francesa exactamente. Desde 1940 la responsabilidad medica contractual para efectos de la carga de la prueba la Corte Suprema estableció que la obligación asumida por el medico podía ser de medio o de resultado con un régimen de imputación diferente para cada obligación, si el medico asumió una obligación de medio, por regla general es de medio, el régimen de imputación aplicable es la culpa probada, consistiendo está en que el

---

<sup>60</sup> Colombia, corte constitucional (2010, sentencia C- 1008) M.P. Vargas Silva.

paciente o la víctima debe probar el supuesto que alega, es decir que el daño fue consecuencia de la conducta imprudente del galeno, mientras que en las obligaciones de resultados propias de las cirugías estéticas con fines estéticos, el régimen de imputación se invierte imponiendo en el médico el deber jurídico de probar su diligencia, prudencia y cuidado, pues en las obligaciones de resultado la culpa del causante se presume. El aporte más importante que esta sentencia hizo a la responsabilidad médica en materia de los mecanismos de imputación se da en lo que tiene que ver con la graduación de la culpa estableciendo que el médico solo responde por culpa grave, pues no se podía, en materia de responsabilidad, ser muy rígido con un médico so pena de que esto se abstuvieran a ejercer su profesión por miedo a la rigidez de la ley.

*"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. En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no lo admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible, y en materia de gravedad de aquella, es preciso que la culpa sea grave, dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad. En estos dos principios fundamentales se informa la sentencia de la Corte de la Casación Francesa, de fecha 27 de octubre de 1938, en la cual sentó esta doctrina: "Fuera de la negligencia o de la imprudencia que todo hombre puede cometer, el médico no responde sino cuando, en consonancia con el estado de la ciencia o de acuerdo con las reglas consagradas por la práctica de su arte, tuvo la imprudencia, la falta de atención o la negligencia que le son imputables y que revelan un desconocimiento cierto de sus deberes"."*<sup>61</sup>

Desde 1940 hasta 1986 en materia de responsabilidad médica se manejó un criterio de imputación basado en la culpa grave hasta que el 26 de noviembre la Corte Suprema de Justicia nuevamente establece la reclasificación de la culpa que establece el código civil en materia de responsabilidad contractual, indicando que el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia cuando atiende a un paciente con el fin de lograr su curación o mejoría so pena de incurrir en una

---

<sup>61</sup> Colombia, Corte suprema de Justicia (1940, 5 de marzo) M.P. Liborio Escallon

conducta ilícita que será calificada por el juez como una simple culpa hasta una culpa grave.

*“En consecuencia, el medico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación o su mejoría, así cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquellos, incurre en una conducta que será calificada por el juez según su magnitud, desde la culpa simple hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.”<sup>62</sup>*

En sentencia de 1994 retoma la Corte Suprema, el tema de la imputación de la culpa, esta vez para determinar cuándo las Instituciones Prestadoras de Salud incurren en responsabilidad en caso de tratamiento indebido estableciendo que es importante para que surja la responsabilidad médica que la culpa pueda ser imputada al médico o a la IPS, en su defecto, lo cual se logra a través de la relación de causalidad, es decir que el paciente debe demostrar que el daño que sufrió fue por causa imputable a la conducta negligente del médico y a ningún otro factor , dice la sentencia del 12 de julio de 1994:

*“Por lo general, ella surge cuando en desarrollo de correspondiente contrato se incurre en la culpa profesional o institucional del caso y acarrea perjuicios al respectivo paciente. Luego, para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente, y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, es igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y la última”<sup>63</sup>*

En el 2010 encontramos otro pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los mecanismos de imputación de la culpa, para pronunciarse sobre la carga de la prueba en las obligaciones de medio que como se explicó anteriormente, el paciente debe probar que la culpa es imputable a la conducta negligente o descuidada del

---

<sup>62</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1986, 26 de noviembre ) M.P. Gómez Uribe

<sup>63</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (1994, 12 de julio). M.P. Lafont Pianetta

galeno, en algunas ocasiones a este se le dificulta probar la culpa médica por no contar con las pruebas suficientes, o en los casos donde la historia clínica era susceptible de manipulación donde se podía incluir información que no costaba o borra alguna que lleve al beneficio del galeno. Con el fin de solucionar estas situaciones, y evitar que los derechos de los usuarios siguieran vulnerándose al no lograr la reparación del daño por la imposibilidad de probar la imputación de la culpa, la Corte estableció que el juez en determinados casos, partiendo de la regla de la experiencia y de situaciones endoprocesales podía presumir la culpa del médico con el fin de aligerar la carga de la prueba que corresponde al paciente:

*“Dependiendo de las circunstancias de del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia, o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales de la conducta de las partes (artículo 249 del c. de p.c.); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gaza o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.), o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una culpa virtual o un resultado desproporcional, todo lo anterior se reitera aun a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previsto en el ordenamiento.”<sup>64</sup>*

Para concluir, en la responsabilidad médica contractual, como se enuncio anteriormente, los criterios de imputación depende de la obligación asumida por el médico que por regla general es de medio al no estar el médico obligado a lograr el resultado si no poner todo su conocimiento y cuidado para lograr una mejoría, excepcionalmente es de resultado, en los caso de cirugías estéticas con fines de embellecimiento, en los cuales el medico se obliga a lograr el resultado específico. Tanto las obligaciones de medios como las de resultado tienen un régimen de

---

<sup>64</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2010, 22 de julio) M.P. Munar Cadena

imputación de la culpa diferente, en las obligaciones de medio se le debe probar la culpa al médico por tanto la carga de la prueba está a cargo del paciente, en las obligaciones de resultado la carga de la prueba se invierte y es al médico quien le corresponde demostrar su prudencia y cuidado para poder exonerarse.

En materia extracontractual la culpa se maneja conforme a lo que estipula el Código Civil sin necesidad de entrar a valorar el tipo de obligación que asumió el médico si no determinar que el daño sufrido por el paciente se debió a la imprudencia, descuido o negligencia del médico, es decir el paciente debe probar que el daño se le puede imputar a la conducta culposa del médico, y este para exonerarse debe demostrar igualmente su prudencia y cuidado o establecer que el daño se debió a un acontecimiento ajeno a su voluntad, como es, por culpa de la víctima, de un tercero o por fuerza mayor, criterios que también aplican para la imputación de la culpa contractual.

La jurisprudencia como la responsabilidad médica por regla general es de carácter contractual y excepcionalmente extracontractual, se ha encargado de desarrollar los criterios de imputación médica en materia contractual, es así que empezó aplicando una culpa grave para después determinar que se aplicaba los tres criterios de culpa que establece el Código Civil, es decir, que se podía aplicar desde una culpa levísima hasta una culpa grave, con respecto a la carga de la prueba ha determinado que el juez en situaciones determinada puede hacer uso de la presunción de culpa de acuerdo a la sana crítica y a la regla de la experiencia para aligerar la carga de la prueba que le incumbía al paciente en ciertos procedimientos, hasta el punto de llegar a lo que se denomina carga dinámica de la prueba, argumentando que no solo el paciente estaba en la obligación de aportar las pruebas si no que el médico también debía aportar las pruebas que condujeran a su exoneración.

#### **6.4. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN PARA LAS EPS E IPS.**

Las EPS datan su nacimiento para el año 1992 cuando se discutía el proyecto de ley que dio origen a la ley 100 de 93, su finalidad era la de garantizar el acceso de todos los colombianos a los servicios de salud como lo establece la constitución en su artículo 49, pero la realidad fue otra porque las EPS no lograron cumplir con el cometido por las que fueron creadas, con respecto a las afiliaciones por más de 10 años la gran mayoría de colombianos no tenían acceso al sistema sobre todo los del régimen subsidiado, solo hasta finales de 2013 principio de 2014 se logró casi una cobertura total, pero en lo que tiene que ver con la atención aún se siguen presentando los mismos inconveniente, a pesar de las reformas que se han hecho al sistema de salud para contrarrestar estas situaciones, situaciones como la mala atención, el hacinamiento de los pacientes y el déficit financiero de algunas entidades públicas como los hospitales locales han generado un caos en el sistema de salud donde los únicos afectados son los usuarios o los pacientes.

Teniendo claro lo anterior, cabe destacar que entre el afiliado y la EPS al momento de la afilia surge un contrato de prestación de servicios médicos, por consiguiente cuando se presente un incumplimiento de la obligación que le genere un perjuicio al afiliado, la responsabilidad que surge es de naturaleza contractual, excepcionalmente será de naturaleza extracontractual únicamente cuando se generen perjuicios a terceros.

Las IPS son las entidades públicas o privadas encargadas de prestarles los servicios médicos a los afiliados ya sea a través de consulta externa, consultas de urgencias, o cualquier otro servicio que preste al público. Entre esta y el afiliado no nace ninguna responsabilidad, pues esta solo se obliga frente a la EPS a prestar los servicio, por ende la responsabilidad de esta solo nace frente a las EPS.

Anteriormente se daba la discusión de quien debía responder por el daño generado al paciente si era la EPS o la IPS, como no había una norma aplicable que indicara quien debía responder por los daños ocasionados, la EPS indicaba que debía responder IPS, y la IPS a su vez decía que la EPS discusión que reflejaba un

perjuicio más para el paciente al encontrarse con la encrucijada de a quién debía demandar. Esto llevo a que la Súper Intendencia de Salud se pronunciara en el 2010 sobre el tema estableciendo que entre la IPS y el afiliado no existe ningún contrato, el contrato existe es con la EPS quien debe garantizar la prestación de los servicios en condiciones de eficiencia y calidad. Establece la Súpersalud, en la circular 006 de 2010 en el punto 2.1,

*"A quien se afilia el usuario es al asegurador en salud, no al prestador de servicios en salud y quien se compromete a la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio, en el manejo de la salud, en el manejo de la vida es el asegurado no el prestador. Todo esto derivado de la responsabilidad contractual establecida por la firma del contrato de aseguramiento entre el asegurador y el afiliado y entre el asegurador y el alcalde en caso del régimen subsidiado.*

*Conforme a la definición del aseguramiento en salud, son los aseguradores en salud y no los PSS, los responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia, y eficacia de la prestación de los servicios de salud, y por ende, los que deberán responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud, exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida de asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud, derivado esto, de las obligaciones y responsabilidades contractuales que surgen del CONTRATO DE ASEGURAMIENTO."<sup>65</sup>*

En el mismo punto la Supersalud indica que las IPS solo responderán solidariamente cuando habiendo recibido indicaciones por parte de la EPS sobre los requisitos para la atención esta haya hecho caso omiso y ocasione un daño a un paciente, establece la circular;

*"La asunción directa de las responsabilidades en materia de servicios de salud, serán por parte de quien asegura, quien es el verdadero y directo responsable*

---

<sup>65</sup> Colombia, Superintendencia de Salud, Circular (2010, 23 de diciembre)

*CONTRACTUAL, y no del prestador de servicios de salud, quien responderá solidariamente con el asegurador, solo cuando el PSS, habiéndose entregado por el ASEGURADOR, los elementos claves de atención esto es los requisitos que se deben tener en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, haya hecho caso omiso a estos y haya generado la lesión, enfermedad, o incapacidad en el usuario, por su omisión, arbitrariedad y el desconocimiento de lo ordenado, pactado y planteado por el asegurador en salud."*<sup>66</sup>

Por último la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido con respecto a la responsabilidad de las EPS que si bien estas prestan el servicio a través de las IPS, y el medico es el causante del daño, estos no las exonera de la responsabilidad, con base en la solidaridad que establece el código civil se les imputa también la responsabilidad a estas, además establece que con base al principio de solidaridad la responsabilidad se extiende a las EPS, a las IPS o a todos los que intervienen en la producción del daño, quedando a opción de la víctima demandar a la EPS directamente o a la IPS en su defecto, o a todos conjuntamente para obtener la reparación de los perjuicios causados.

*"Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas"*

---

<sup>66</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia (2011, 17 de noviembre) M.P. Namen Vargas

## **6.5. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA ACTUALIDAD SON SUFICIENTE.**

Con todo lo desarrollado en esta tesis desde el marco teórico hasta los criterios de imputación podemos pensar que los criterios de imputación que se están manejando actualmente en Colombia no son lo suficientemente fuertes para proteger los derechos fundamentales que establece la constitución política como es el derecho a la vida y a la salud, y sobre todo para garantizar la dignidad humana que Colombia como estado social de derecho esta obligó a preservar.

Aun en nuestra honorable Corte Suprema de Justicia continúa la discusión sobre las obligación que asume el médico, si es una obligación de medio o una obligación de resultado, dándole más importancia a esta discursion que a lo que verdaderamente importa, proteger el derecho a la salud y por consiguiente a la vida de los usuarios. En ciertas circunstancias es de suma importancia esta distinción, pero en realidad ¿Es necesaria en los caso dónde el paciente muere por ver vulnerados sus derecho a una atención inmediata?, o ¿En los casos en que el galeno incurre en un error en el diagnostico?, por todo lo planteado en esta tesis el derecho a la salud debería tener una mayor importancia por tanto estas discusiones deben ceder en estos casos , teniendo en cuenta que la constitución de forma clara establece que el derecho a la vida es inviolable, lo que lleva automáticamente a determinar que el derecho a la salud también adquiere la misma connotación, por ello , en vez de la misma discursion sobre asuntos ya resueltos hace mas de 75 años para determinar la obligación asumida por el médico y por consiguiente establecer la carga de la prueba sea a cargo del demandado o del demandante.

Como lo que debe primar son los derechos y la dignidad del paciente, se debería manejar un criterio general de culpa que no imponga en el paciente el deber jurídico de probar la culpa del médico para determinar si el resultado se debió a su conducta negligente, teniendo en cuenta que muchas veces el paciente se halla en la imposibilidad de demostrar ese nexo causal por no tener todas las pruebas en su

poder. Esto mas que todo en lo que tiene que ver con el criterio de imputación que establecen las obligaciones de medios.

Con respecto a las obligaciones de resultados, exactamente en las cirugías con fines estéticos donde existe una inversión de la carga de la prueba, quedando el cabeza del médico demostrar su diligencia y cuidado para exonerarse. Se venía manejando la tesis que en las cirugías estéticas con fines estéticos la culpa se presumía por estar el paciente esperando un resultado específico, actualmente se ha desvirtuado esta tesis al considerar la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 5 de noviembre de 2013 que el medico siempre asume una obligación de medio, para que asuma una obligación de resultado, debe constar por escrito en el consentimiento informado, es decir que especifique que esta asumiendo una obligación de resultado, comprometiendose a lograr el resultado que espera el paciente, en caso contrario asumiría una obligación de medio, omitiendo la Corte que si un paciente se somete a estas intervenciones es con la finalidad de lograr el resultado determinado, consistente en un embellecimiento, y como lo indica el salvamento de voto de esa sentencia para que el paciente se va a someter a un procedimiento que no va a generarle el resultado esperado. Dice la Corte:

*"Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o de que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo.*

*En el primer evento, la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la lex artis ad hoc; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido"<sup>67</sup>*

---

<sup>67</sup> Colombia, Corte suprema de Justicia (2013, 5 de noviembre) M.P. Solarte Rodríguez

Todo lo anterior es lo que respecta a la responsabilidad medica contractual donde la Corte ha venido pronunciándose en los últimos 75 años, cuando se estableció que la responsabilidad medica por regla general es de carácter contractual por la naturaleza jurídica del acto y excepcionalmente es extracontractual, en los casos donde el paciente no pueda prestar su consentimiento.

En materia extracontractual en los sistemas jurídicos desarrollados como el francés cuya legislación regula la responsabilidad extracontractual por el hecho de la cosas, en materia de responsabilidad medica se presentó la discusión si era conveniente aplicar este régimen de imputación debido al avance que ha tenido la medicina en los últimos tiempo, llegando a la era de la medicina robotizada, donde los procedimientos muchas veces no lo realiza el galeno si no una máquina, en la discusión algunos autores determinaron que era procedente aplicar este régimen de imputación a la responsabilidad médica por estar la cosa bajo custodia y cuidado del médico, quien debía colocarla en función de no ocasionarle un mínimo daño al paciente, mientras que otros argumentaban que implementarlo sería colocarle una obligación más al médico que esta fuera de su esfera pues no era el fabricante de la máquina. Criterio que se resolvió al adoptar la jurisprudencia francesa el criterio de la custodia y cuidados que el medico debía ejercer sobre la máquina, lo cual es muy acertado por ser una situación que se deriva de la diligencia y cuidado que este debe ejercer para lograr el resultado.

Mientras en Francia y Argentina se maneja la responsabilidad por el hecho de las cosas como principio de imputación cuando la maquina es la que genera el daño y no el médico, en Colombia seguimos manejando esta responsabilidad bajo los criterios de la culpa presunta y culpa probada, si tener en cuenta que el médico no es el causante del daño.

## **6.6. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y DERECHO A LA SALUD**

Teniendo en cuenta todo lo planteado en esta tesis, el objetivo y el problema jurídico vale la pena puntualizar que los criterios de imputación por daño establecidos en nuestra legislación y jurisprudencia no son coherentes con la reparación integral del daño causado a la víctima teniendo como base la salud como un derecho fundamental y la dignidad del paciente, esto se debe a la imposibilidad que en muchas ocasiones presenta la víctima para probar el daño sufrido, si tenemos en cuenta que nuestra legislación establece que por regla general el paciente le debe probar la culpa al médico por ser su obligación de medio, dejando de lado que hubo una vulneración a su derecho fundamental a la salud y una omisión de sus deberes como médico.

Diariamente a través de los medios masivos de comunicación usuarios del sistema de salud denuncian los constantes abusos a los que son sometidos por parte de las EPS e IPS, denuncias que demuestran que las leyes sobre responsabilidad médica no son lo suficientemente fuerte para proteger los derecho a la salud y a la vida, prueba de ellos es que todo el régimen de los deberes del médico para con los usuarios constantemente son violentados llegando en algunas ocasiones a atentar contra la vida de los pacientes, sobre todo en lo que tiene que ver con la atención oportuna que es el derecho que mas se les vulnera a las personas. Pero lo paradójico de toda esta situación son las pocas sentencias de nuestras Honorables Cortes sobre este tema, por lo que podemos reflexionar, si las personas están usando los medios de comunicación para denunciar y no usan el aparato judicial, es porque no tienen la capacidad de contratar un abogado que los asista o porque no tienen las pruebas suficiente para demandar, y lo único que tienen es los medios de comunicación para aclamar su voz que necesitan leyes mas efectivas que les proteja sus derechos, pero sobre todo que necesitan fallos de nuestras cortes que les garantice que el sistema de salud si va a mejorar.

Porque seguir discutiendo si la responsabilidad medica es una obligación de medio o es una obligación de resultado si lo que verdaderamente importa es el derecho a salud consagrado en nuestra constitución política, lo que debe primar es que hubo

una violación de los derechos de los usuarios que conlleva una violación a los deberes del médico, que se traduce en un daño causado al paciente el cual hay que repararlo. En algunas ocasiones estos daños quedan irreparables porque la Corte cambia su concepto de forma que favorece al médico, al establecer un régimen de culpa totalmente diferente a que se venía manejando en la jurisprudencia como lo pudimos apreciar en el capítulo VI de esta tesis donde la corte en sentencia establece que en las obligaciones de medio el médico debe expresar en el consentimiento que se compromete a lograr el resultado que espera el paciente, sentando este precedente como la regla general.

Por último analizaremos los daños causados por el hecho de las cosas régimen de imputación que no se aplica en Colombia pero que hace falta su implementación por los grandes avances que ha tenido la medicina en los últimos años, como se expresó desde el inicio de este trabajo hasta el final la medicina no es la misma de hace 70 años, a tenido grandes avances que se ven reflejados en los grandes inventos tecnológicos que han hecho de la medicina una ciencia del futuro, encontramos que la mayoría de los procedimientos se realizan a través de máquinas robotizadas que cuando le causan un daño a un paciente se le está imputando al médico la responsabilidad por culpa como establece el código cuando en realidad debería imputarse la responsabilidad por el hecho de las cosas por estar en la obligación de colocarla en fusión que no le haga daño a nadie. Los sistemas de imputación de sistemas jurídicos evolucionados están implementando este régimen para evitar la impunidad hacia la víctima y para no causar un perjuicio al médico, a la víctima porque sufrió un daño que no fue por culpa del médico que podría llegar a traducirse con una buena defensa en una fuerza mayor o caso fortuito, al médico porque si bien es cierto no causó el daño, y su culpa no medio en el resultado, la cosa por estar bajo su custodia debe colocarla en fusión que no le cause daño a nadie.

Como reflexión final es conveniente analizar si está bien seguir con los regímenes de imputación de responsabilidad que tenemos actualmente, donde en algunas ocasiones por motivo de la impunidad que se ve, el derecho a la salud del paciente

como su dignidad humana quedan vulneradas al no conseguir la víctima reparación del perjuicio causado como consecuencia de la culpa desplegada por el médico, o en algunas circunstancias nos genera la duda sobre si en realidad el médico es el responsable del daño o se debe a una falla de alparato tecnológico que estaba utilizando.

## CONCLUSIONES

A pesar que la constitución política de 1991 consagra una protección especial por parte del Estado al derecho a la salud, la cantidad de jurisprudencia de la Corte Constitucional en el que ordena su protección por ser un derecho fundamental por conexidad o autónomo, la reformas que se han hecho para mejorar el sistema de salud, este continua siendo vulnerado y amenazado por parte de las EPS y los profesionales de la salud hasta el punto que han cobrado la vida de mucho usuarios que espera un trato digno en su salud y su persona. El 16 de febrero de 2015 entro a regir la ley estatutaria de salud que consagra el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, su finalidad era solucionar los inconvenientes que se venían presentando en la salud y lograr darle una protección especial que frenara esos constantes abusos, pero la realidad ha sido otra, las noticias cada vez reflejan que aún se siguen presentando los mismos problemas en en el sistema, problemas que se refleja en la violación los derechos a los pacientes, a quienes les toca padecer la ineficacia de la salud en nuestro país.

Si analizamos nuestras normas sobre responsabilidad médica encontramos que presentan grandes falencias que por más que se traten de solucionar con las normas establecidas en el Código Civil no son suficientes, no porque nuestra normas sean ineficientes si no porque con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y los avances que ha tendido la medicina, la responsabilidad medica a tomado un sentido diferente al que tenia inicialmente, al ser mas importante ahora la salud como derecho fundamental de la persona y su dignidad humana que cualquier otro interés. La salud en nuestro pais mejoría si se tuviera un estatuto para la responsabilidad civil médica que se encargue de implementar criterios de imputación con el fin de manejar cada caso concreto, lo que implicaría que nos ahorraría las discusiones ya aclaradas hace años sobre si el médico asume una responsabilidad de medio o de resultado, o discusiones actuales que en otras legislaciones se han resueltos cómo es el caso de la responsabilidad por el hecho de las cosas. se supone que las normas sobre responsabilidad médica están diseñadas para garantizar a todas las personas el respeto por su derecho a la salud

en condiciones de eficiencia y calidad sin importar su capacidad de pago, pero lo que sucede en la realidad es otra cosa, por permitir estas normas que suceda todo lo contrario, es decir en vez de asegurar la protección del derecho a la salud permite su vulneración, situación que se presenta, como muchos críticos del sistema de salud afirman, por la inclusión de las EPS al sistema, las cuales ven la salud no como un derecho fundamental de la persona si no como un negocio lucrativo, dejando sentado que pesan más los intereses económicos que la salud de sus afiliados, es por ello que vemos todas las violaciones hacia los derechos de los paciente.

Los criterios de imputación que se están manejando actualmente para sancionar la responsabilidad civil médica no están siendo eficaces para proteger a las víctimas, cuando se establecieron las normas del código civil hace más de 200 años ni siquiera se llegaban a pensar en la responsabilidad médica y mucho menos se pensaba que existiría un derecho a la salud, razón por la cual no se incluyó ninguna norma que haga referencia a la responsabilidad médica en nuestra legislación civil.

En materia jurisprudencial en Colombia, encontramos los primeros antecedentes sobre responsabilidad médica a partir de 1940, cuando aún vivíamos una ciencia médica basada en procedimientos manuales, por lo cual las discusiones se presentaban sobre la naturaleza jurídica de la obligación asumida por el médico, haciendo la Corte Suprema de Justicia un gran despliegue argumentativo sobre la responsabilidad medica estableciendo que puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, la contractual a su vez puede derivar de una obligación de medio por regla general, o por una obligación de resultado de manera excesional como en las intervenciones quirúrgicas con fines estéticos, es increíble que pasados 75 años todavía en la Corte se aborde la misma discusión que se supone ya había sido resuelta, dejando de lado los verdaderos problemas de este régimen esta presentando y problemas que muy interesantes que se deberían discutir como lo es ¿Si la medicina vive una época robotizada es necesario seguir con la misma forma de imputación de la responsabilidad?, o, ¿La dificultad que muchas veces tiene la víctima -paciente para probar que el daño sufrido se debió a la negligencia

del médico?, entre otros. Deberíamos reflexionar sobre estos interrogantes desde la perspectiva que los problemas de 1804 no son los mismos que se presentan en la actualidad en la medicina o desde la perspectiva del derecho a la salud y la dignidad humana que consagra nuestra Constitución Política. En el pasado si un médico cometía un error se tenía la certeza que fue el quien lo cometió, pero en la actualidad en muchas circunstancias hay una incertidumbre porque la mayoría de los procedimientos se hace a través de una máquina robotizada que se encarga de hacer todo.

Todo esto me ha llevado a concluir en esta investigación que los criterios de imputación de la responsabilidad médica deberían estar acorde con la era que vive la medicina actualmente, una era de grandes avances tecnológicos en las que el médico programa una máquina robotizada y esta se encarga de realizar los procedimientos bajo su supervisión, por lo que la discusión ya no debería girar en torno de si es una obligación de medio o es una obligación de resultado, por esta aclarada este tema desde 1940 por la Corte Suprema de Justicia, la discusión debería girar sobre como imputarle la responsabilidad a un médico que causa un daño a través de una estas máquinas.

También concluyo que las normas sobre responsabilidad médica no son ajenas al derecho fundamental a la salud, por estar estas diseñadas para lograr que los profesionales de la salud garanticen a cabalidad que los pacientes se les preste el servicio en los términos que indica la Constitución Política, cometido que no se logra porque no se establece una rigurosidad para garantizar los derechos de los usuarios del sistema de salud establecidos en la ley, un ejemplo lo vemos en la ley 23 de 1981 donde se establecen los deberes del médico y no se establecen los derechos de los pacientes, siendo la doctrina con base en lo que establece la ley en los deberes, deducir esos derechos para luego plasmarlos y desarrollarlo, por esa razón hoy se establezcan o se hable de derechos de los usuarios. Si la ley se hubiese ocupado de establecer un capítulo consagrando a los derechos de los paciente así como lo estableció para explicar los deberes del médicos, hoy la

prestación del servicio de salud fuera diferente, sobre todo lo que tiene que ver con las atenciones en los centros asistenciales o IPS.

La misma Corte Suprema de Justicia en sentencias de responsabilidad médica se ha pronunciado sobre la importancia que tiene el derecho a la salud y su protección por estar vinculado al derecho a la vida y la integridad de la persona, por lo que se convierte en derecho fundamental su prestación en condiciones de eficiencia y calidad. Precisamente una de esas sentencias es la del 17 de noviembre de 2011 donde la Corte deja en claro la importancia que tiene el derecho fundamental a la salud, indicando que se está convirtiendo en un deber constitucional para el estado (ya lo es), de las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadora de Servicio, para luego determinar que frente a los daños ocasionados al paciente responderán de manera solidaria todos lo que intervinieron en su producción. por ser más importante la protección de la vida, la salud, y la dignidad de la persona, el principio de solidaridad extiende más allá la relación directa médico-paciente, estableciendo la responsabilidad de reparar los perjuicios causados en cabeza de todos lo que intervinieron en el daño, en los términos que establece el artículo 2344 del código civil. Es un gran avance para la víctima que cuando se le causaba el daño se encontraba con el inconveniente de no saber a quién reclamar la reparación de sus perjuicios o no saber bajo qué criterio se le imputaría la responsabilidad a las EPS o a las IPS.

A pesar de lo que dice la Corte, lo que establece la doctrina y lo que establece las leyes médicas la situación real del derecho a la salud es deprimente, siendo los usuarios o los pacientes quienes tienen que afrontar esta cruda realidad, un sistema de salud que refleja la poca importancia que se le está dando a la salud por parte del Estado, donde en muchas ocasiones en vez mejorar las condiciones del paciente lo que sucede es que se le causa otro perjuicio, precisamente son los usuarios del régimen subsidiado quienes terminan siendo los más perjudicados de este déficit que ha cobrado la vida de varias personas entre los que se encuentra niños y personas de la tercera edad, lo mas triste de todo esta situación es que muchas de estas víctimas no reclaman los perjuicios causado ya sea porque no

pueden probar la culpa del médico o porque no cuentan con los medios suficientes para acceder a la justicia, quedandoles como único medio para denunciar y ser escuchado los medios de comunicación.

Por ultimo es conveniente resaltar lo lento que han ido evolucionando las normas y la jurisprudencia sobre responsabilidad médica en Colombia a diferencia de otros países, no se le está dando la importancia que requieren desde las perspectiva que indica la Constitución Política debe tener el derecho a la salud, el cual como lo ha indicado la Corte Constitucional es numerosas sentencias de tutela es un derecho fundamental por estar en íntima relación con el derecho a la vida y la dignidad humana. Precisamente esa lentitud en la evolución de la responsabilidad médica se refleja en la legislación civil donde en cada sentencia se siguen discutiendo los mismo criterios de imputación y bajo que modalidad se le atribuye la responsabilidad, es decir bajo que modalidad se le imputa la culpa al causante del daño, mientras que en otros países que tienen un sistema jurídico más evolucionado la discusión ha estado encaminada a determinar si es conveniente aplicar la responsabilidad por el hecho de las cosa a la responsabilidad médica, mientras los tribunales franceses están aplicando esta modalidad de responsabilidad, los doctrinante se limitan en sentar su postura por un lado lo que están de acuerdo y por el otro los que no están de acuerdo, mientras en Colombia seguimos discutiendo el tema de la culpa y las obligaciones de medio y de resultado. También notamos que mientras la legislación civil sigue con las mismas discusiones de años atrás, el Concejo de Estado ha construido un gran precedente sobre responsabilidad médica que va desde una responsabilidad médica subjetiva hasta una responsabilidad médica objetiva a la par de los grandes ordenamientos jurídicos, lo que ha permitido una verdadera evolución de la responsabilidad civil médica estatal.

Por todo esto concluyo que los mecanismos de imputación de responsabilidad médica en materia civil no son suficiente debido a los avances que ha tenido la medicina en los últimos años, los mecanismos de imputación se deben adaptar a las nuevas necesidades que enfrenta el sistema de salud y la era que vive la medicina en la actualidad, con el fin de lograr una verdadera protección a los

pacientes que cada día ven vulnerados su derecho fundamental a la salud. Además los criterios de imputación debe de estar diseñados para asegurar el acceso a la jurisdicción de todas las víctimas lo que no sucede en la actualidad ya que muchas veces resulta muy complicado probarle la culpa al médico, situación que conlleva a que en la mayoría de los casos no se logre la indemnización del perjuicio causado, generando así, que día a día los pacientes por miedo a que no les reparen el daño sufrido, vea como única solución los medios de comunicación para realizar sus denuncias, esperando que alguien los escuchen y les solucionen de una vez por todos los problemas que los aquejan constantemente en el sistema de salud.

## BIBLIOGRAFÍA

- Colombia (2015), Código Civil, Bogotá: Legis
- Colombia (2010), Constitución Política. Bogotá: Legis.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (1981, 18 de febrero) "Ley 23 del 18 de febrero de 1981, por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica", en diario oficial, num. 35.711, 27 de febrero de 1981. Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2015, 16 de febrero) "Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones", en diario oficial, num. 49.427 de 16 de febrero de 2015. Bogotá.
- Benarte Ochoa, F., (2010) *Imputación Penal Médica*, Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- López Meza, M., (2007) *Tratado de Responsabilidad Médica*. Buenos Aires, Argentina: Ubija
- Perez de Leal, R., (1995) *Responsabilidad Civil del Médico, Tendencias Clásicas y Moderna*, Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- Perez Vives, A., (2011) *Teoría General de las Obligaciones. Vol III*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Sarmiento Garcia, M., (2009) *Estudios de Responsabilidad Civil*. (2.Ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Serrano Escobar, L., (2000) *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*. Bogotá: Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda
- Tamayo Jaramillo, J., (2011) *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (1940, 5 de marzo) M.P. Liborio Escallon. Bogotá
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (1986, 26 de noviembre) M.P. Gomez Uribe. Bogotá
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (1994, 12 de julio) M.P. Lafont Pianeta. Bogotá
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2002, 13 de septiembre) M.P. Bachata Simancas. Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional ( 2010, Diciembre) "sentencia C-1008", M.P. Vargas Silva. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2010, 22 de julio) M.P. Munar Cadena. Bogotá
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2010, 26 de noviembre) Munar Cadena. Bogotá

- Colombia Corte Suprema de Justicia (2011, 8 de agosto) M.P. Munar Cadena. Bogotá
  - Colombia, Corte Suprema de Justicia ( 2011,17 de noviembre) M.P. Namen Vargas. Bogotá
  - Colombia, Corte Suprema de Justicia (2013, 5 de noviembre) M.P. Solarte Rodríguez. Bogotá
  - Colombia, Corte Suprema de Justicia (2014, 8 de julio) M.P. Garcia Restrepo. Bogota
  - Colombia, Corte Suprema de Justicia (2014, 14 de noviembre) M.P. Giraldo Gutiérrez. Bogotá
  - Colombia, Corte Suprema de Justicia (2014, 19 de noviembre) M.P. Fernando García. Bogotá
  - Colombia, superintendencia de salud, (2010, 23 de abril) "circular 066, La Prestación de los Servicios de Salud.". Bogotá.
-