

# Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico en Colombia

DR. FERNANDO GUZMÁN MORA\*

## Resumen

Debido al incontenible avance de las ciencias y, en particular, de las ciencias biológicas, la jurisprudencia ha tenido que enfrentar retos antes insospechados. Los problemas clásicos del actuar médico han continuado, pero unidos a situaciones nacidas de nueva tecnología y nuevas concepciones de la enfermedad que han dado origen a problemas éticos, filosóficos, políticos, profesionales y legales.

Las normas de comportamiento social tratan de proteger a las personas (naturales o jurídicas) entre sí, con el fin de evitar atropellos y lograr en esa forma la preservación del equilibrio social en general.

El médico debe reparar el daño sufrido por su paciente cuando debió atenderlo en debida forma y como consecuencia de su conducta reprochable, generó un perjuicio o daño; o cuando incurrió en una conducta médica prohibida y generó el daño o cuando, por mandato de la ley estaba obligado a atender al paciente y no lo hizo.

El contrato médico requiere, particularmente, del consentimiento del paciente, pues se va a intervenir sobre su cuerpo. Cuando se actúa sin su consentimiento previo, en casos de extrema urgencia en donde esté en peligro inminente la vida del paciente, se genera una relación extracontractual que igualmente origina obligaciones recíprocas. Se trata de un contrato innominado por el código, que la doctrina ya ha acordado llamar “de asistencia médica” o “de servicios médicos”.

En el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma. Ocurrir que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido.

No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer «solamente lo que esté a su alcance». Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina.

Hay, aparte de la gradación de la culpa, otra clasificación importante, que distingue los tipos de causa que generan error de conducta: se habla en primer término de la impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento médico, particularmente cuando éstos no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente.

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia o bien cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión.

La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasionará el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones.

El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. El ejercicio de la medicina no constituye una «actividad peligrosa». Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo.

\*Presidente de la Federación Médica Colombiana. Vicepresidente Asociación Médica Colombiana,

## Introducción

Debido al incontenible avance de las ciencias y, en particular, de las ciencias biológicas, la jurisprudencia ha tenido que enfrentar retos antes insospechados. Los problemas clásicos del actuar médico han continuado, pero unidos a situaciones nacidas de nueva tecnología y nuevas concepciones de la enfermedad que han dado origen a problemas éticos, filosóficos, políticos, profesionales y legales.

*Responsabilidad* es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho o acto.

Las normas de comportamiento social tratan de proteger a las personas (naturales o jurídicas) entre sí, con el fin de evitar atropellos y lograr en esa forma la preservación del equilibrio social en general.

En términos amplios, la responsabilidad puede ser catalogada como personal (cuando sólo se debe responder ante la propia conciencia de un acto inmoral), profesional (que consiste en dar cuenta ante organismos especializados, encargados de vigilar que unas normas de desempeño de una ciencia o arte se cumplan) y jurídica (que obliga a responder ante la sociedad, en cabeza de sus jueces, por una transgresión a la ley).

La responsabilidad jurídica, a su vez, puede ser civil, particularmente cuando atenta contra un bien o derecho de tipo privado, lo cual obliga a resarcir en forma patrimonial o pecuniaria; penal, cuando se afecta un derecho catalogado como bien social, el cual incluye la vida e integridad de los individuos de modo que cuando se viola obliga a pagar mediante sanción o pena que la sociedad impone, y responsabilidad administrativa cuando el responsable es un ente público o un servidor oficial.

La responsabilidad penal se origina en una conducta tipificada como prohibida por la sociedad. Esta responsabilidad es absolutamente personal y cesa con la muerte del individuo.

La responsabilidad civil puede ser contractual y extracontractual. La primera se origina en el incumplimiento de obli-

gaciones nacidas a través de un contrato. La segunda se origina en el daño al patrimonio de otra persona con quien no existe un vínculo contractual y tiene como fuente una conducta que rompe el deber de diligencia, cuidado y prudencia de las personas en sociedad. Por dar origen a un crédito, la responsabilidad civil es transmisible, es decir, puede transferirse a los herederos, quienes eventualmente deberán responder con su patrimonio de los hechos ocasionados por su pariente.

De acuerdo con el profesor Cubides: «Obligación es todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra»

## El acto médico como contrato

El contrato es un acto jurídico que genera obligaciones. Según Kant, el contrato es una limitación que la persona impone voluntariamente a su libertad. En efecto, el sujeto que contrata se obliga; promete dar, hacer o no hacer algo que, si no fuera por este convenio, no tendría como carga.

Se ha discutido ampliamente en el campo de la Jurisprudencia qué tipo de contrato es el que se establece entre el paciente y su médico. Varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente. Ellas incluyen la del mandato, la de locación de servicios, la de locación de obra, la de contrato innominado y otras muchas, para terminar aceptando que el Acto Médico es una forma especial de contrato denominado, precisamente, “de Asistencia Médica”.

Respecto del Contrato de Servicios Médicos la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha expresado:

«...Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del Título XII del Libro 4 del CC,

sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro...»

(Caso Civil. 26 de Noviembre de 1986. Magistrado ponente: Dr Hector Gómez Uribe).

¿Cuales son los elementos de ese contrato? Para responder a ésta pregunta es conveniente aclarar primero que existen elementos esenciales, naturales y accidentales en la formación de los contratos civiles.

Si falta alguno de los llamados "esenciales", simplemente el contrato que se pensaba configurar no existe.

Los elementos naturales son los que existen en ese tipo de contrato que se ha celebrado, aunque no se diga expresamente. Es obvio, por ejemplo, que en el contrato de prestación de servicios médicos profesionales o de asistencia médica, va incluida la obligación del paciente de remunerar el trabajo del médico. Es de su naturaleza. Como de su naturaleza es -y por tanto se sobreentiende- la obligación del médico de poner de su parte toda su pericia y conocimientos con el fin de recuperar la salud del paciente. Sin embargo, las partes pueden modificar estos elementos, si no atentan contra el orden público o las buenas costumbres, de modo que, por vía de ejemplo, el médico que quiera atender de forma gratuita a un paciente, bien puede hacerlo.

Accidentales son los otros elementos que deben pactarse adicionalmente, porque la ley no los sobreentiende y consisten en cuestiones accesorias que las partes acuerdan: el médico operará al paciente que lo requiera y se compromete, porque éste así lo pide expresamente, a visitarlo tres veces al día; o efectuará la operación con rayos laser y no con escalpelo, porque así se ha pactado, etc.

Y como del contrato emanan obligaciones, según vimos, será preciso ahora hablar sucintamente de los elementos que conforman esas obligaciones recíprocas nacidas entre médico y paciente por virtud del contrato: sujeto, objeto y vínculo.

Los sujetos son el paciente y el médico, que ejercitan su principio de libertad y voluntad, alrededor de un objeto: la recuperación o conservación de la salud del enfermo, mediante un vínculo jurídico, es decir, actuando bajo el amparo de la ley que genera para una y otra parte obligaciones y derechos recíprocos. Como hemos mencionado, es una obligación de medios, por tanto, el compromiso es utilizar todos los elementos adecuados para la consecución del fin, sin ofrecer ninguna garantía.

No hay obligación sin causa. Nadie esta «ligado» civilmente a otra persona sino por una razón determinada "fuente de la obligación". Las personas que vivimos en esta sociedad somos libres y no tenemos más obligaciones que las nacidas del acto jurídico, del hecho ilícito, del enriquecimiento sin causa justa o de la ley.

El médico debe reparar el daño sufrido por su paciente cuando debió atenderlo en debida forma (por un contrato o acto jurídico extracontractual) y como consecuencia de su conducta reprochable, generó un perjuicio o daño; o cuando incurrió en una conducta médica prohibida y generó el daño (hecho ilícito) o cuando, por mandato de la ley estaba obligado a atender al paciente y no lo hizo. (El caso del enriquecimiento ilícito en el campo de la actividad médica no encuentra aplicación).

Mirando el contrato de servicios o asistencia médica, como fuente de las obligaciones, debe precisarse que da origen a las llamadas «obligaciones de medio y no de resultado». El médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución.

Este contrato es bilateral, pues origina responsabilidades para ambas partes. Es además un contrato de tipo consensual, es decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de

*El médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución.*

*La capacidad de las partes, el mutuo consentimiento, el objeto y la causa, son elementos propios de este negocio jurídico. Se trata además de un contrato oneroso y conmutativo, en el cual cada una de las partes tiene claramente definida su prestación:...*

los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Por lo tanto, todo documento que se suscriba tiene un carácter «ad probationem», que para este contrato específico es de gran utilidad, si se presenta cualquier conflicto que en últimas genere responsabilidades para las partes

Para el perfeccionamiento del contrato se requiere la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo. El contrato médico requiere, particularmente, del consentimiento del paciente, pues se va a intervenir sobre su cuerpo. Cuando se actúa sin su consentimiento previo, en casos de extrema urgencia en donde esté en peligro inminente la vida del paciente, se genera una relación extracontractual que igualmente origina obligaciones recíprocas, como veremos.

Algunos juristas sostienen que el contrato médico-paciente es de los llamados «de obra y empresa». Cuando el deudor posee los conocimientos y habilidades para «hacer» alguna obra, puede obligarse a realizarla, como el alfarero que se compromete a fabricar una olla de barro, o el arquitecto a construir un edificio, o el conductor de un vehículo a transportar a sus pasajeros. La persona actúa sirviéndose de unos materiales para obtener un resultado querido, gracias a esos conocimientos o habilidades.

«...hay contrato de obra o empresa siempre que dos personas se obligan entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de ésta. Es indiferente la naturaleza material o inmaterial de la tarea o labor objeto del contrato. Si se pone atención sobre relaciones jurídicas que constantemente y a diario se forman con personas dedicadas a determinadas actividades especializadas que constituyen para ellas fuente de rentas de trabajo, se advierte a poco que tales relaciones no son otra cosa que contratos de obra o empresa: el

electricista que hace la reparación de un aparato; el albañil que refacciona una pared; el pintor que le da color a un edificio; el médico que atiende a un enfermo; el ingeniero que mide un terreno; el abogado que se encarga de estudiar la titulación de un inmueble y rendir concepto sobre ella... Todos esos son casos concretos de contrato de obra o empresa...»

Para otros juristas, el contrato tiene un enfoque diferente:

La legislación civil regula el contrato de prestación de los servicios médicos; el vínculo jurídico por el cual el médico y el paciente se obligan, la ley lo define como un contrato en el que las partes se comprometen, una a prestar asistencia médica (el deudor) y la otra a pagar un precio (acreedor del servicio).

Dentro del Capítulo IX, Título XXIV, Libro IV del Código Civil de Colombia, referente al arrendamiento de servicios inmateriales, dispone en el artículo 2069:

«...Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el art. 2144 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas...»

El artículo 2144 preceptúa:

«...Los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato...»

Así las cosas, el servicio que prestan los médicos se regiría por la regulación relativa al arrendamiento de servicios inmateriales contenida en los artículos 2063 y ss del código civil colombiano y a las normas del mandato, artículo 2142 y ss del mismo código.

La capacidad de las partes, el mutuo consentimiento, el objeto y la causa, son elementos propios de este negocio jurídico. Se trata además de un contrato oneroso y conmutativo, en el cual cada una de las partes tiene claramente definida su prestación: El paciente paga un precio al profesional médico y éste se compromete a prestar un servicio como una manera de

*Pero qué ocurre si, como en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma. Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido.*

obtener, en algunos casos, un resultado definido y en otros a realizar el tratamiento adecuado conforme con los adelantos científicos del momento. También el paciente se compromete a seguir las prescripciones indicadas, para el éxito del servicio.

No obstante la claridad de la disposición legal citada, entendemos que el contrato de asistencia médica, dadas sus particulares condiciones, no puede asimilarse a un mero arrendamiento de servicios profesionales, pues en medicina las obligaciones del profesional son más amplias que las que consistirían simplemente en el cumplimiento de un mandato con el fin de celebrar actos jurídicos. En efecto, los servicios del médico no implican representación de alguien; no se prestan al paciente "por encargo de alguien" (que se llamaría mandante). Parece, dice el profesor Cesar Gómez Estrada<sup>1</sup> "que la disposición se dictó, por lo que se refiere a la novedad anotada, con un criterio clasista. No se quiso que ciertos servicios profesionales considerados nobles y honrosos, quedaran sometidos exclusivamente a las reglas del arrendamiento de servicios (art.2069), y no se quiso que por aquellos servicios se pagara un salario sino un honorario (palabra ésta que ya sugiere la idea de honor)."

Consideramos, entonces, que se trata de un contrato innominado por el código, que la doctrina ya ha acordado llamar "de asistencia médica" o "de servicios médicos".

### **Obligaciones de medio y de resultado en Medicina**

El tratadista Demogue introdujo esta clasificación, con base en la consideración del objeto de cada contrato. En este sentido, si el objeto existe o se espera que exista, el deudor puede obligarse a un resultado: Dar, hacer o no hacer algo.

En cambio, si el objeto del acto es una simple «alea», si su existencia no depende de la voluntad y acción directa del deudor, sino que, en todo o en parte esta condicionada por el azar, nos encontramos frente a lo que los romanos llamaban ya la «emptio spei» (compra de la esperanza), como ocurre cuando el particular acude al consultorio del médico, con la esperanza de obtener su curación. En estos eventos, el resultado no se puede garantizar, pero el contrato es válido. Si el resultado no se logra, pero el médico-deudor ha puesto de sí todo lo que se esperaba, no hay responsabilidad de parte suya. Si el resultado se malogró por culpa grave o dolo del médico-deudor, es claro que debe responder.

Esto es conocido desde hace muchos años por la jurisprudencia colombiana, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 5 de Marzo de 1940):

«...La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de

su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...»

Pero qué ocurre si, como en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma. Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El «alea», pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeño garantice un resultado concreto.

No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer «solamente lo que esté a su alcance». Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina.

Esta manera distinta de ver el asunto, fue introducida en el derecho alemán por Schlossmann, para quien en toda obligación DEBE DISTINGUIRSE LA CONDUCTA DEL DEUDOR DEL RESULTADO OBTENIDO CON ESA CONDUCTA.

---

*El objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería «la actividad del deudor». El fin de la obligación sí sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.*

El objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería «la actividad del deudor». El fin de la obligación sí sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.

Demogue revisó tal teoría diciendo que existen obligaciones que persiguen no solo la conducta del deudor, sino un resultado concreto. «En lugar de producir un resultado, en otros casos el deudor legal o convencionalmente es obligado a tomar ciertas medidas que normalmente son aptas para conducir a un resultado... El médico no promete la curación; solo promete sus cuidados. Se ha pensado declarar culpable a todo médico cuyo paciente muere, a menos que pruebe la fuerza mayor?...»

Como enseña el expresidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Dr Guillermo Ospina Fernández:

«...Las obligaciones son de medios cuando el resultado a que éstas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor...Esta clasificación coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o, mejor aun, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas...»

En Argentina, por ejemplo, la doctrina general se encuadra dentro de las obligaciones de medio, cuando se afirma que:

«...no debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad..El médico, cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe, en la conducción de sus actos profesionales, con la diligencia común a todo ser humano...»

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, como hemos mencionado, también ha decidido exigir al médico solo los medios que tiene posibilidad de poner al servicio de la salud del hombre y no los resultados que ese hombre esperaría de un médico omnipotente.

«...la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por 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 al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el trata-

miento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado...» (Nov. 26 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Hector Gómez Uribe)

La posición actual en Colombia, del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Abril de 1994, expediente 7973, Magistrado ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta) es la siguiente:

«...el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad medica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala solo reivindicó la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de Junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compro-

*El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA.*

mete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable.

El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de lege ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo... Es por eso que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:

Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones «homini» de culpa contra la parte que observo una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes (Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8 Ed, Abelardo Perrot, pag 497)

¿Qué criterios existen, desde el punto de vista legal, para reconocer cuando una obligación es de medio o de resultado? La primera la presenta el Profesor Colombiano Tamayo Jaramillo:

«...En la práctica lo que caracteriza las obligaciones de resultado es el hecho de que el deudor en veces no tiene forma de liberarse, y otras solo lo libera la prueba de una causa extra-

ña; mientras que en las obligaciones de medio el deudor en ocasiones se presume culpable, pero desvirtuar la presunción demostrando diligencia y cuidado, y en otras oportunidades al acreedor o víctima le corresponde demostrar la culpa del deudor...»

De acuerdo con el mismo autor, existen en la práctica tres formas de declarar una obligación como de medio o de resultado:

1. Por decisión expresa del legislador, al establecer que el deudor sea condenado solamente cuando se demuestre culpa, y determine un régimen probatorio de dicha culpa, bien sea porque la carga de la prueba recaiga en el demandante (quien tendrá que probar que el médico actuó incorrectamente) o en el demandado (quien tendrá que probar que actuó en forma adecuada). (Artículos 1730 y 2005 del Código Civil)
2. Por acuerdo de las partes, quienes libremente pueden convenir en que la obligación sea de medio o de resultado, al amparo del artículo 1604 del Código Civil.
3. Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico, incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

«...En las obligaciones de resultado la responsabilidad del deudor queda comprometida desde que aquel no se obtiene, mientras que en las de medio la sola falta del resultado querido no basta, pues se requiere, además, una conducta culpable o dolosa del deudor. Esto acarrea una gran facilidad probatoria en el primer caso, ya que para comprometer la responsabilidad del deudor bastará demostrar el contrato y no haberse obtenido el resultado prometido, arrojando sobre la parte contraria toda prueba eximente, y una mayor dificultad en el segundo, pues para comprometer las responsabilidades del obligado habrá que demostrar su culpa o dolo.

#### **El daño en medicina**

Como tendremos oportunidad de examinarlo en el capítulo correspondiente, siempre que se afecte un bien patrimonial o extrapatrimonial protegido por la ley, podremos hablar de daño reparable. Este principio del derecho privado se enuncia de la siguiente manera: todo el que causa un daño, está obligado a repararlo. Pero atendiendo a los términos de la definición, comprendemos que esa reparación correrá a cargo de una persona sólo cuando legalmente pueda considerarse que es "culpable", ya que a nadie puede reclamarse por los actos que cometa sin culpabilidad. "Fue sin culpa", decimos coloquialmente cuando queremos que nos excusen de un comportamiento que es malo o causa incomodidad o daño, pero que no nos sentimos en la obligación moral de reparar.

En efecto, puede darse el caso (y es más frecuente de lo que se piensa), de un paciente que ingresa a un centro asistencial o consulta a un médico en su despacho privado, buscando alivio a su dolor; el profesional lo interviene y el resultado esperado no se alcanza. El paciente continúa con su molestia o enfermedad. Pregunta: puede exigirse al médico la indemnización? Porque en realidad el paciente invirtió un dinero, dejó de trabajar un tiempo mientras estuvo recluso o incapacitado, sufrió las molestias propias del tratamiento o in-

tervención, en fin, quiere recuperar lo económico ya que su salud no tuvo mejoría. Respuesta: hemos de decir categóricamente que, sin que se haya desmejorado la salud (física o mental según se trate el caso por el que se haya acudido a la consulta); si la actividad del médico ha sido correcta de acuerdo con la ley del arte y si, sin su culpa, el estado del paciente no ha mejorado, no habrá lugar a indemnización. Se ocasionó un daño, es cierto. Pero también lo es, que ese daño no es indemnizable porque no es culpable.

#### **Culpa**

La culpa se puede definir como una omisión de cálculo. Como una falta de previsión de un resultado desastroso.

La doctrina jurídica dice: «...Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones...» (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de Junio 2 de 1958)

Hay, aparte de la gradación de la culpa, otra clasificación importante, que distingue los tipos de causa que generan error de conducta: se habla en primer término de la impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento médico, particularmente cuando éstos no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la «inobservation des regles d'art» de la doctrina francesa; a la «malpractice» de los anglosajones y al «kunstfehler» de los alemanes.

En el aspecto de tratamientos invasivos, concretamente de tipo quirúrgico u operatorio, se deben tener

*Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la «inobservation des regles d'art» de la doctrina francesa; a la «malpractice» de los anglosajones y al «kunstfehler» de los alemanes.*



en cuenta el riesgo de la intervención, el diagnóstico preoperatorio, la técnica utilizada, el conocimiento de las variaciones anatómicas, la experiencia con variedades o anormalidades anatómicas y el manejo postoperatorio, entre muchos otros.

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia (en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia, pues bien puede haber ocurrido que el médico intervenga apremiado por una circunstancia que lo va a exonerar de responsabilidad, como es el denominado «Estado de necesidad», que obliga a intervenir a un paciente por el peligro inminente en que se encuentra su salud o su vida) ejemplo: El médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio.

La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente. En este caso el error cometido no se puede excusar.

Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas, las actitudes de confianza en la evolución esperada que llevan al médico tratante a descuidar la observación continua (distinta de "permanente", pues algunos jueces esperan que el médico se postre en la cama vecina, para acompañar al enfermo las 24 horas de todos los días hasta su egreso) de su paciente, la entrega de responsabilidades a personal subalterno sin suficiente preparación o sin com-

*La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasionará el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones.*

*El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia.*

petencia (como ocurre con muchos anestesiólogos que encargan a una enfermera de la recuperación de paciente, o de los cirujanos que se desentienden del operado antes de que el procedimiento termine, o de los odontólogos que permiten a su auxiliar actos que les están vedados, etc.).

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. El artículo 2356 del CC Colombiano señala:

«...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...»

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional. La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

«...el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud...»

La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasionará el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina, para la cual no se pueden tomar riesgos.

De acuerdo con algunos autores jurídicos, la culpa ocupa un lugar intermedio entre el dolo (intención de dañar) y el caso fortuito (inimputabilidad total).

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como límite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser obser-

vada racionalmente y así el derecho castiga el error que produce daño.

El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Este tema lo ha examinado la Corte así:

«...el médico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin. Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestada, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele. La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del médico cuando este actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer...» (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia 14-03-42)

Ante una demanda, es natural que el médico se oponga a las pretensiones de su paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito (si éste es lo que alega). De todas formas, si el paciente no prueba la responsabilidad que endilga al demandado, este será absuelto, porque otro principio del derecho probatorio reza desde antiguo: «Actore non probante, reus absolvitur»

Si se trata de un daño causado sin que haya mediado el contrato, se dará responsabilidad extracontractual por el hecho jurídico que lo provocó. (Ejemplos: En el curso de una cirugía se produce lesión a un órgano que no debía tocarse. O cuando al explorar el abdomen se encuentra una anomalía diferente a la que causa los síntomas, la cual es intervenida por cuenta y riesgo del médico (obviamente sin haber tomado el consentimiento del paciente, pues tal anomalía no era conocida) y a consecuencia de ello se genera un daño en el enfermo.

El fundamento jurídico de esta responsabilidad extracontractual se encuentra en el mismo Código Civil

*El ejercicio de la medicina no constituye una «actividad peligrosa». Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo.*

Colombiano: «El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización» (Art. 2341 CC)

También aquí es el paciente el que debe demostrar que el daño si fue causado, que la culpa es del médico y que existe el nexo de causalidad entre la culpa del médico y el daño sufrido por el paciente.

La excepción a la regla la constituye la prueba en las llamadas «actividades peligrosas», pues en ellas el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo. Por lo tanto se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por intervención de un tercero.

El ejercicio de la medicina no constituye una «actividad peligrosa». Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo.

La mayoría de las legislaciones admiten que la culpa no se presume. Nuestra ley es congruente en el sentido de obligar a responder solamente a quien haya causado daño y con la condición de que quien demanda, pruebe la culpa del demandado. Como única excepción a esta regla en materia civil, como se ha mencionado, se consagra la presunción de culpa en contra de quien ejecuta una «actividad peligrosa».

En materia administrativa, a diferencia del campo civil, los fallos del Consejo de Estado a partir de Julio 30 y Agosto 24 de 1992 trasladan la carga

de la prueba al médico con el objeto de acreditar su desempeño profesional y por consiguiente la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico, cuando se trata de un profesional adscrito a una entidad estatal. Pero este tema requiere de un tratamiento separado al de la responsabilidad meramente civil, por lo que lo analizaremos luego.

### **Causas de exención de responsabilidad civil**

La primera posibilidad de eximir al profesional de responsabilidad se tiene con la prueba de un error excusable, es decir, la existencia de una razón lógica y admisible para incurrir en el error o en el resultado no deseado.

La segunda es la que denomina caso fortuito, es decir aquella circunstancia que no es posible prever o que, de haber sido prevista, no es posible evitar. El deudor (médico) no es responsable del caso fortuito (La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega)

La tercera es la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de

otro médico, combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio.

La cuarta es el fracaso del tratamiento por circunstancias idiosincrásicas del mismo enfermo, a pesar del cuidado, la experiencia, la medida y la buena voluntad del médico.

Respecto a este último punto es necesario recordar que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación «de medio» y no «de resultado», el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

Por lo anterior, la culpa contractual no es simplemente resultado de la

inejecución de una obligación, excepto que se pruebe en forma absoluta la presencia de negligencia, imprudencia, impericia, ignorancia o dolo al ejecutar el acto médico.

En cuanto a la duda sobre la idoneidad de un tratamiento médico, es pertinente citar la recomendación N 11 del II Congreso Internacional de Derecho de Daños en 1991, realizado en la Argentina, el cual dice a la letra:

«...Cuando se cuestione en un caso concreto la idoneidad de un tratamiento médico, y no exista un criterio uniforme, bastará con que una respetable minoría comparta tal criterio, a efectos de que el fracaso del tratamiento (per se) no genere responsabilidad profesional...»

En reciente fallo, el Consejo de Estado Colombiano ha dicho que:

«...en algunas circunstancias y facetas científicas las opiniones de los citados profesionales se encuentran divididas, pero en estos casos la doctrina orienta en el sentido de que el juez no puede tomar partido en tales controversias, filosofía con la cual el punto controvertido, de no existir una prueba científica que lo defina, se queda sin demostración...»

(Sentencia de Abril 18 de 1994. Magistrado ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta)

<sup>1</sup> De los principales contratos civiles, Medellín, Dík, 1983, p.379