

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, centro de formación inicial y continua de administración de justicia, en los términos del artículo 177 de la Ley 270 de 1996, desarrolla anualmente el Plan de Formación de la Rama Judicial para el fortalecimiento permanente de las competencias cognitivas y humanas de los servidores judiciales.

La formación judicial, como parte de los procesos de apropiación social del conocimiento, es una construcción conjunta entre formadores, discentes y autores de los materiales académicos para fortalecer las capacidades y habilidades de los funcionarios y empleados judiciales, enfocada a la práctica judicial para brindar una administración de justicia adecuada, pronta y efectiva para los ciudadanos, de cara a la realidad social colombiana.

Los módulos de formación autodirigida son materiales académicos que están a disposición de la comunidad judicial para permitir la actualización permanente de los servidores judiciales y facilitar el cumplimiento misional en las diferentes áreas básicas y especializadas de las distintas jurisdicciones, con el apoyo invaluable de la Red de Formadores, bastión fundamental de la formación judicial.

Mary Lucero Novoa Moreno
Directora
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”



RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ESPECIALIDAD CIVIL

Área Civil



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ESPECIALIDAD CIVIL



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

RESPONSABILIDAD MÉDICA
EN LA ESPECIALIDAD CIVIL

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ

RESPONSABILIDAD MÉDICA
EN LA ESPECIALIDAD CIVIL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN: 978-958-52139-1-3

© **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	11
SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DE LA AUTORA.....	15
JUSTIFICACIÓN	16
RESUMEN DEL MÓDULO	18
MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO.....	19
OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO.....	20
OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO.....	21
UNIDAD 1	
ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	23
1.1. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL PROFESIONAL MÉDICO.....	25
1.1.1. Obligaciones de medio.....	25
1.1.2. Obligaciones de resultado	28
1.1.3. Revisión crítica sobre la aplicación de la distinción en el ámbito colombiano	34
1.2. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	48
1.2.1. Naturaleza contractual.....	48
1.2.2.- Naturaleza extracontractual.....	54
1.2.3. La responsabilidad inherente al ejercicio médico dentro de un establecimiento privado.....	56
1.2.4. Análisis crítico en torno a los efectos de la aplicación de la teoría dualista al ámbito de la responsabilidad médica.....	68
UNIDAD 2	
PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	81
2.1 LA CULPA MÉDICA	83

2.1.1. La culpa como infracción de la <i>lex artis</i>	83
2.1.2. El acto médico como hecho generador de la responsabilidad ..	95
2.1.3. La culpa en el diagnóstico, en el tratamiento y en la vigilancia postoperatoria	100
2.1.4. La culpa por violación de un deber de humanismo médico	109
2.2. EL PERJUICIO.....	119
2.2.1. Ausencia de una particularidad especial en materia médica....	119
2.2.2. La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad (perte d'une chance) al ámbito de la responsabilidad civil médica.....	124
2.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD	130
2.3.1. Consideraciones generales respecto al nexo de causalidad.....	130
2.3.2. El nexo causal y su aplicación al campo de la responsabilidad civil médica.....	138
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	159

CONVENCIONES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>Ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>

PRESENTACIÓN

El módulo “Responsabilidad médica en la especialidad civil” que se presenta a continuación responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido y su construcción da respuesta a los resultados obtenidos en el taller de diagnóstico de necesidades de formación que se realizó con los funcionarios y funcionarias de la Rama Judicial, quienes permitieron definir sus ejes temáticos y objetivos.

El módulo se enmarca dentro de una de las más venerables instituciones del derecho civil, esto es, la responsabilidad civil, en razón al importante papel que esta desempeña en los tiempos modernos dentro del sistema de indemnización de daños. Si bien en la actualidad, esta institución ha perdido el monopolio de la indemnización, sobre todo en aquellos países donde la práctica de una protección social es bastante avanzada y donde existen sistemas de aseguramiento sólidos, en Colombia su papel es aún relevante.

La responsabilidad civil representa un interesante dominio jurídico, no solo en razón a su generalidad y a la multiplicidad de las aplicaciones que ella comporta, por ejemplo, en el campo médico sanitario; sino también y sobre todo, en razón a las numerosas fluctuaciones y cambios que ha venido sufriendo en los últimos tiempos. La responsabilidad civil está, en efecto, íntimamente ligada al movimiento de la vida cotidiana y este movimiento, por supuesto, no es ajeno a la responsabilidad civil médica.

En efecto, si trasladamos la reflexión a este campo, se puede observar que son muchos los factores que han contribuido a este desarrollo: En primera medida, encontramos los impresionantes avances de la ciencia médica, con los cuales la hipótesis de la medicina individual, hoy en día ocurre con menor frecuencia. Principalmente en el área de la cirugía, la intervención a un paciente requiere generalmente de la presencia de un conjunto de especialistas y auxiliares, y ese mismo ejercicio colectivo de la medicina, posee en el momento actual, diferencias considerables con el que se sucedía en épocas anteriores. En efecto, los equipos de hoy son mucho más complejos, las técnicas modernas reúnen especialistas de formaciones muy distintas ya que cada uno es indispensable: cirujano, anesthesiólogo, cardiólogo, etc. La medicina moderna se ha convertido, entonces, en una ciencia hipersofisticada, muy competitiva, a veces temeraria y a menudo peligrosa: los riesgos médicos se traducen en accidentes cada día más numerosos, a menudo mediatizados,

a veces colectivos y siempre traumatizantes para las víctimas afectadas por el acto que debía curar.

Actualmente lo común es lo que se ha denominado como *macromedicina o colectivización del ejercicio de la medicina y pluriparticipación médica*, es decir, una perspectiva muy distinta a la que se observaba antaño y que ha sido explicada, entre otras causas, por el auge de las especializaciones que obliga a consultar diversos profesionales expertos, es decir, por la creciente especialización médica que obliga a que los diversos profesionales competentes en áreas muy concretas se agrupen en torno a un enfermo que necesita de la atención de todos ellos. De este modo, en la actualidad, encontramos varios médicos, no solo a nivel de toma de decisiones, sino también, de ejecución material del acto médico.

Esta *medicina socializada*, que se desarrolla en grandes centros hospitalarios, ya no en el consultorio particular, ha llevado a que se deban reestudiar las reglas del derecho común o tradicional de la responsabilidad civil médica, en la medida que la relación médico-paciente, personalizada en un tiempo, ha sido llevada a su mínima expresión y ha sido transformada por una relación despersonalizada, fruto de la práctica médica al interior de grandes engranajes organizativos. Hoy en día, es más común encontrar pacientes que por una negligencia, no atribuible al personal médico, sino a la estructura hospitalaria, pierden la vida o se encuentran ante complicaciones no justificables.

Igualmente, esa complejidad de las nuevas técnicas que comporta a su vez un aumento del riesgo, ha generado una mayor dificultad en la determinación de las causas de los daños y en consecuencia, en la distinción entre los efectos de la desventura y de la negligencia, por ello, hoy es posible hallar pacientes víctimas de la impericia médica, otros de la ineficiencia de la estructura y otros simplemente de la fatalidad.

De este modo, el paciente al convertirse en víctima, se halla frente a un universo totalmente desconocido para él, siendo múltiples las problemáticas que debe afrontar en su deseo de obtener una indemnización por los daños que le han sido ocasionados; por lo tanto, se ha considerado que su debilidad lo hace merecedor de una justa y especial atención por parte de la sociedad en general. Con razón se ha dicho que hoy en día el problema de la responsabilidad médica es sobre todo aquel de las víctimas. En verdad, la medicina de hoy es tecnológicamente muy avanzada, pero a la vez bastante despersonalizada, el cambio en la relación personal médico-paciente ha sido opacada por la prestación médica colectiva. En consecuencia, las dificultades

a las cuales tiene que enfrentarse el paciente-víctima de daños médicos son de una magnitud considerable, siendo principalmente de orden jurídico y técnico.

Pero no solo estas circunstancias son las que han generado un cambio de concepción en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. La toma de conciencia del valor de la persona humana y la menor tolerancia frente a los riesgos de la vida como efecto de la evolución de las propias concepciones del individuo (su madurez, su nivel de educación), pueden considerarse también, entre otras, como las posibles causas que día a día instan, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, a que la víctima se sienta movida a instaurar un mayor número de demandas por responsabilidad médica a efecto de obtener una justa indemnización de los daños a ella causados.

El presente módulo está encaminado a que los jueces, juezas, empleados o empleadas de los despachos judiciales conozcan, comprendan y apliquen el marco teórico que sustenta el régimen de la responsabilidad civil médica, con especial énfasis en el derecho sustancial y con referencia a los desarrollos alcanzados en la materia en el derecho comparado; en dicho escenario se pretende, además, analizar las diversas problemáticas que surgen debido al desarrollo actual del derecho de la responsabilidad civil médica, dado que esta reflexión permite deliberar en torno a su adecuación a la realidad colombiana.

Lo anterior, teniendo en consideración que el derecho de la responsabilidad civil médica está siempre en continuo desarrollo a nivel global y Colombia no es la excepción. Aún persisten un sinnúmero de factores en los que todavía no hay pronunciamientos ni toma de posiciones unánimes que permitan afirmar una consolidación del sistema, al contrario, al derecho de la responsabilidad civil médica, le falta aún mucho desarrollo por alcanzar, en consecuencia, con el presente módulo se pretende ofrecer herramientas conceptuales que permitan una unificación de criterios en la aplicación y el marco interpretativo de los distintos elementos que conforman este sistema.

Teniendo entonces en cuenta los problemas identificados en el taller de diagnóstico, se pretende desarrollar de manera sistemática, conceptual y analítica el régimen de responsabilidad civil médica, a partir de dos unidades centrales, la primera dedicada a los elementos estructurales de la responsabilidad civil médica y la segunda, a los presupuestos esenciales de la misma.

Así pues, desde esta perspectiva, a través de esta herramienta, se busca fortalecer la práctica diaria de la administración de justicia en la solución

de conflictos atinentes a la responsabilidad civil médica, manteniendo la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las altas Cortes.

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DE LA AUTORA

Mónica Lucía Fernández Muñoz, es Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la *Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa* (Italia). Investigadora visitante en la Universidad de Paris I *Panthéon-Sorbonne* (Francia). Abogada de la Universidad del Cauca. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Militar. Autora de múltiples obras científicas en materia de responsabilidad médica. Profesora invitada por las Universidades de Brescia (Italia), Cergy-Pontoise (Francia), Lima (Perú), del Istmo (Panamá), de Concepción (Chile). Se ha desempeñado como docente universitaria durante más de 10 años, asesora en entidades públicas y privadas, conferencista e investigadora.

JUSTIFICACIÓN

El módulo “Responsabilidad médica en la especialidad civil” se justifica en la medida que permite clarificar la forma de aplicación de las reglas constitutivas del sistema de responsabilidad civil médica; a partir de la identificación de los principales aspectos problemáticos, el módulo facilita herramientas conceptuales que permiten aplicar soluciones de cara a la jurisprudencia nacional y a los avances del derecho comparado, permitiendo de este modo, avanzar hacia la búsqueda de una unificación de criterios en la aplicación de las normas que integran este sistema específico de responsabilidad civil.

La importancia del módulo dentro del Programa de Formación en Civil radica en que permite la revisión de uno de los subsistemas del derecho de la responsabilidad civil que más auge y desarrollo presentan no solo a nivel nacional sino también internacional. El compromiso de derechos como la vida y la salud, justifican dirigir la mirada hacia esta área del derecho, donde múltiples problemáticas de interpretación, valoración y aplicación emergen y donde la dificultad por alcanzar una unificación de criterios se ha hecho más evidente.

El presente módulo responde a la misión, objetivos y principios del modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la medida que ha sido diseñado con la participación activa de los jueces, las juezas, los empleados y las empleadas de la Rama Judicial, por lo cual, responde a las necesidades de formación por ellos expresadas, permitiéndoles alcanzar una competencia técnica profesional de alto nivel que garantice la prevalencia del derecho sustancial dentro de un marco de óptima comprensión y resolución efectiva de los problemas jurídicos que llegan a sus distintos despachos judiciales.

Por otra parte, el módulo se adecúa a los principios pedagógicos de *relevancia, perspectivas, autotélico, productivo y reflexivo* que constituyen el norte de toda actividad formativa en la Rama Judicial. En efecto, esta herramienta satisface los deseos de formación de los participantes; provee diversas opciones de aprendizaje y distintas versiones del conocimiento en cuestión, ofreciéndole al discente diferentes perspectivas que le proporcionarán un apoyo para la toma de decisiones; a través de las variadas actividades que se plantean, el módulo pretende conservar el interés y la motivación del participante en su

proceso de aprendizaje; sus contenidos y actividades evaluativas permiten la articulación del nuevo conocimiento con la experiencia profesional del discente; e igualmente, el módulo facilita espacios de autorreflexión.

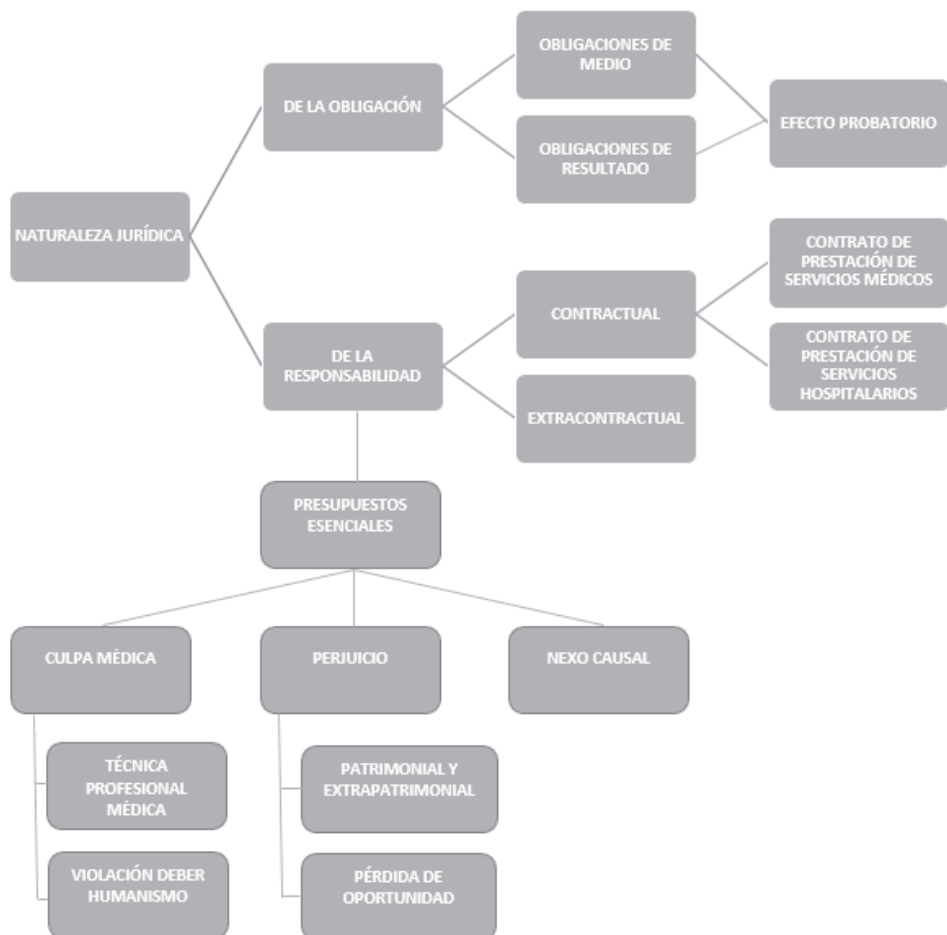
Finalmente, es de anotar que el proceso de estudio adelantado a través de este módulo de aprendizaje autodirigido permitirá mejorar las capacidades de los discentes para responder a las necesidades que en el contexto local plantean los conflictos sobre responsabilidad civil médica. La revisión de los avances logrados en la materia por el derecho comparado, permitirá a los discentes obtener mayores herramientas que les permita acertar en la toma de decisiones, a través del desarrollo de un sistema propio y nacional, contextualizado a la realidad colombiana.

RESUMEN DEL MÓDULO

Son dos los ejes temáticos que se desarrollan a lo largo del presente módulo. La primera unidad aborda los elementos estructurales de la responsabilidad civil médica, desarrollando lo concerniente a la naturaleza de la obligación que pesa a cargo del profesional médico, donde a partir de la revisión de su estructuración desde el derecho común, se posibilita la reflexión crítica de su aplicación en el ámbito colombiano. Igualmente, esta unidad da cuenta de la aplicación de la tesis dualista al ámbito de la responsabilidad civil médica, los efectos que esta subclasificación trae consigo y además, las nuevas discusiones que en torno a la superación o no de la clásica naturaleza contractual y extracontractual de la responsabilidad civil médica, se están generando al interior de la jurisprudencia.

La segunda unidad, por su parte, se ocupa de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil médica, centrandó todo su esfuerzo en reflexionar alrededor de sus tres elementos fundantes, a saber, la culpa médica, el perjuicio y el nexo de causalidad. En este sentido, la unidad permite mostrar a partir de la teoría general de la responsabilidad civil, su vinculación, aplicación e interpretación al ámbito específico de la responsabilidad civil médica, exponiendo los puntos de álgido debate y las distintas propuestas desarrolladas para resolver las tensiones.

MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO



OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

El módulo tiene como propósito contribuir a la reflexión, discusión, comprensión y mejoramiento de las habilidades de los Magistrados, Jueces y empleados participantes en la aplicación e interpretación del marco teórico regulatorio del sistema de responsabilidad civil médica, a efecto de que posean las herramientas necesarias que les permita resolver los conflictos que llegan a sus despachos y de esta manera, se contribuya al fortalecimiento de su desempeño laboral y en últimas, al mejoramiento de la Administración de Justicia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

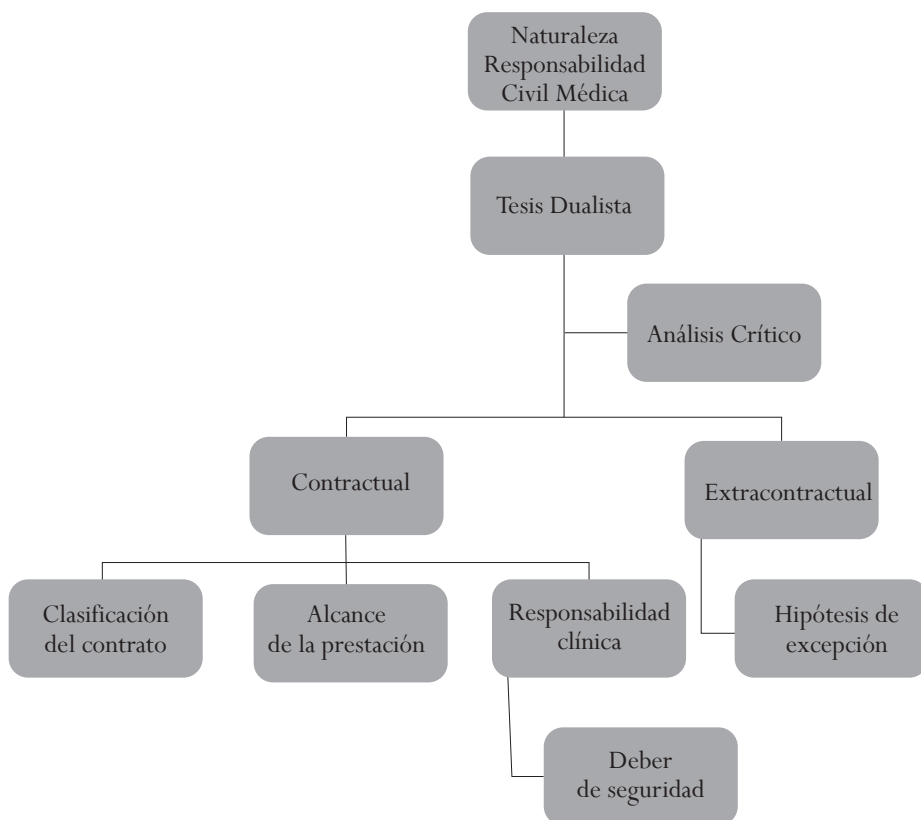
1. El discente será capaz de identificar las pautas que, dentro de la concepción clásica, han sido utilizadas para reconocer el tipo de obligación (de medios o de resultado) a la que se compromete el profesional médico, analizando su vigencia actual y permitiéndole que proponga soluciones a partir de nuevas interpretaciones.
2. El participante estará en capacidad de catalogar la naturaleza de la responsabilidad civil médica sea dentro del marco contractual como extracontractual, a partir de las pautas interpretativas de la jurisprudencia y las nuevas tendencias hacia el abandono o rechazo de su cualificación tradicional.
3. El discente será capaz de reconocer las conductas que constituyen culpa médica, valorar el grado de compromiso de la responsabilidad y aplicar dicho entendimiento a la solución de casos reales que lleguen a su conocimiento.
4. El participante estará en capacidad de definir las hipótesis constitutivas o no de daño indemnizable, evaluando cuáles de ellas se ubican en la esfera patrimonial y extrapatrimonial y cuáles pueden transitar al campo de la teoría de la pérdida de oportunidad.
5. El estudiante será capaz de comprender cómo se analiza el nexo de causalidad en materia médica a partir de las distintas teorías aplicables, generando distintas alternativas para su apreciación probatoria.

Unidad 1

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Og	<p>Objetivo general</p> <p>Examinar a partir de los subsistemas de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) propios del derecho común, los criterios que han servido de base para construir la naturaleza del régimen especial de responsabilidad civil médica.</p>
Oe	<p>Objetivos específicos</p> <p>El discente será capaz de identificar las pautas que dentro de la concepción clásica, han sido utilizadas para reconocer el tipo de obligación (de medios o de resultado) a la que se compromete el profesional médico, analizando su vigencia actual y permitiéndole que proponga soluciones a partir de nuevas interpretaciones.</p> <p>El participante estará en capacidad de catalogar la naturaleza de la responsabilidad civil médica sea dentro del marco contractual como extracontractual, a partir de las pautas interpretativas de la jurisprudencia y las nuevas tendencias hacia el abandono o rechazo de su cualificación tradicional.</p>

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 1



Co	<p>1.1. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL PROFESIONAL MÉDICO</p> <p>1.1.1. Obligaciones de medio</p> <p>1.1.2. Obligaciones de resultado</p> <p>1.1.3. Revisión crítica sobre la aplicación de la distinción en el ámbito colombiano</p> <p>1.2. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA</p> <p>1.2.1. Naturaleza contractual</p> <p>1.2.2. Naturaleza extracontractual</p> <p>1.2.3. La responsabilidad inherente al ejercicio médico dentro de un establecimiento privado</p> <p>1.2.4. Análisis crítico en torno a los efectos de la aplicación de la teoría dualista al ámbito de la responsabilidad médica</p> <p>Jurisprudencia</p> <p>Actividades pedagógicas</p> <p>Autoevaluación</p>
----	--

1.1. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL PROFESIONAL MÉDICO

1.1.1. OBLIGACIONES DE MEDIO

La Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica al adoptar, para el ámbito de la responsabilidad médica, la teoría sobre la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado. Tesis que no tiene una existencia legal, sino doctrinal y jurisprudencial y que ha sido objeto de diversas críticas especialmente por el escaso rigor del lenguaje utilizado por René Demogue, imputable en términos generales a un defecto de enfoque o planteamiento desde el punto de vista lógico-formal. En efecto, la crítica ha puesto en evidencia con su objeción que, en general, no existen obligaciones que no tengan por objeto la producción de un resultado, es decir, no tiene sentido una obligación en la cual no se deduzca un comportamiento productivo de

una utilidad destinada al acreedor, esta utilidad es precisamente el resultado debido. Se estima, entonces, que la distinción no quiere significar la ausencia, en ciertas obligaciones, de un resultado debido, sino separar las obligaciones en dos categorías, caracterizadas por una mayor o menor congruencia del resultado debido con el interés originario de la prestación¹.

De este modo, desde hace varias décadas nuestra jurisprudencia nacional ha adoptado la distinción entre obligaciones de medio y resultado, estableciendo que la obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio. Hay quienes incluso consideraban que el concepto de *obligación de medio* se encontraba ínsito en el art. 1º de la Ley 23 de 1981, cuando determina que el fin de la medicina es *cuidar* la salud del hombre². Hoy en día la Ley 1438 de 2011 en su Art. 104, señala que la relación de asistencia en salud, que se genera entre el profesional de la salud y el usuario “genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional”. Así pues, el sistema colombiano desde sus inicios acogió la orientación francesa que con el surgimiento de la responsabilidad profesional, había intentado neutralizar la presunción de culpa imperante en el terreno contractual, a través de la aplicación de esta doctrina; de esta manera, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado produjo una reforma pretoriana que vino a ser usada para corregir la regla general.

Bajo esta perspectiva, se entiende que el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final), pero sí se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos, no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en que consiste un tratamiento médico, con miras a obtener el resultado deseado, que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación³.

El médico se compromete, entonces, a aplicar todos los medios que consagra la ciencia médica al servicio de un fin, curar al enfermo, pero no se obliga necesariamente a obtener dicho fin. Así, el médico, en principio, no está facultado para asegurar un determinado resultado, pues la curación no se puede asegurar en su totalidad, ni siquiera en aquellos eventos que corresponden a intervenciones médicas simples, pues para la jurisprudencia “el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos

1 Mengoni, Luigi. *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico). I. L’oggetto dell’obbligazione nelle due categorie di rapporti. *Riv. Dir. Comm.* (1954); p. 188.

2 Chacón, Antonio. *Fundamentos de responsabilidad médica. Una perspectiva iberoamericana del derecho médico*. Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 128.

3 Vallejo, Felipe. La responsabilidad civil médica (ensayo crítico de la jurisprudencia). *Rev. Academ. Jurisp.* No. 300-301 (1993); p. 85.

de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece el cliente o de la no curación”⁴.

Esta determinación se explica por la presencia de factores imprevisibles en la actuación médica, por los cuales se estima que el hombre no debe responder, es decir, el principio común de las obligaciones de medios radica en el alea que afecta el resultado. En efecto, dado que toda terapia es aleatoria porque la incertidumbre en cuanto a la curación es inherente a la asistencia médica, la responsabilidad del médico únicamente se puede comprometer si él comete una culpa cuya prueba debe aportar el enfermo⁵.

Debe tenerse en cuenta que en el caso de la medicina existen un gran número de sucesos impredecibles y de circunstancias y variables incontrolables, entre otras, la propia anatomía del hombre, las distintas reacciones fisiológicas, la multicausalidad de las enfermedades y lesiones, la variabilidad interpersonal. El organismo vivo, elemento material de la medicina, reacciona de modo autónomo, pues tiene su propia dinámica. El alea está siempre presente y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía la ciencia, impide que el médico garantice un resultado concreto⁶.

Así pues, el alea es el criterio de distinción de la obligación de medios, pues la curación de un paciente no depende solamente de los cuidados diligentes del médico, la curación está determinada, en gran parte, por factores que escapan a su acción. En consecuencia, el alea solo permite que el médico se comprometa a emplear los medios cuya naturaleza consienta llegar al resultado deseado, pero no le permite comprometerse a procurar directamente ese resultado. Tal como lo manifiesta la doctrina: “las incertidumbres de la ciencia, las insuficiencias de los conocimientos médicos y los misterios del cuerpo humano, prohíben que se pueda exigir del médico una curación”⁷.

La consecuencia inmediata de la recepción en nuestro derecho de la teoría que distingue las obligaciones de medio y de resultado, tiene que ver con los

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940, M. P. Liborio Escallón. G. J. XLIX, pp. 116 y ss.

5 Gobert, Michelle. *L'alea thérapeutique en droit civil*. Didier Truchet (Coord.). L'indemnisation de l'alea thérapeutique. Paris: Ed. Sirey, 1995. p. 9.

6 Guzmán, Fernando y Franco, Eduardo. Aspectos probatorios de la responsabilidad civil médica. *Der. Col.*, Vol. 78, n. 444 (1998); p. 532. Para una profundización, Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Les obligations*. 2. Contrat. Paris: Litec, 1998. p. 409.

7 Viney, Geneviève & Jourdain, Patrice, citados también por Petroni-Maudière, Nicole. L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médical. *Droit Médical* No. 6 (2001); p. 190.

efectos de la carga de la prueba en cabeza del demandante. En efecto, si el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, la única obligación que él adquiere es la de obrar con prudencia y diligencia en el acto encomendado, de suerte que en casos de reclamación, la víctima deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar su ausencia de curación⁸; es decir, en tratándose de obligaciones de medios, para hacer declarar la responsabilidad del médico, la víctima habrá de demostrar la culpa en la que este ha incurrido, de tal suerte que el profesional como deudor de una obligación de medios puede exonerarse demostrando su debida prudencia y diligencia, siendo procedente también la prueba de la fuerza mayor.

Tratándose de eventos de responsabilidad médica se ha considerado oportuno actuar con prudencia; se ha llamado a la prudencia en la medida que en la actualidad se observa cada vez más una disipación concomitante de la fatalidad en la ciencia médica, dado que el avance de la medicina aumenta las posibilidades de curar, por lo cual, se estima que este argumento no puede ser usado para encubrir actitudes negligentes⁹.

1.1.2. OBLIGACIONES DE RESULTADO

Si bien la tendencia mayoritaria ha sido la de reconocer que el profesional médico adquiere, por regla general, obligaciones de medios, también es cierto que en algunas ocasiones la jurisprudencia ha reconocido la existencia de *obligaciones de resultado*, conforme a las cuales el médico tiene la obligación de alcanzar u obtener el resultado concreto pactado, pues existe la certeza de que la obligación va a cumplirse, apareciendo de esta manera una *presunción de culpa* en su contra, la cual es posible desvirtuar demostrando la ocurrencia de una causa extraña. Este constituye el principio aplicado por la Corte Suprema que en reiteradas ocasiones ha manifestado que cuando el médico se compromete a un determinado resultado pero no lo obtiene, será considerado culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, a menos que logre demostrar alguna causa de exoneración como la fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima¹⁰; por esta razón algunos autores hablan aunque inapropiadamente de una supuesta “objetivación de la responsabilidad” en estos casos¹¹.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 septiembre 1985, M. P. Horacio Montoya. G. J. CLXXX, n. 2419, pp. 407 y ss.

9 Lorenzetti, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos*. Lima: Grijley, 2005. p. 9.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 noviembre de 1986, exp. 2423. M. P. Héctor Gómez. G. J. CLXXXIV, p. 358 y ss.

11 En este sentido Suescún, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis, Tomo I, 2004. p. 411; Parra, Mario. *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004. p. 48; Carrillo, Jesús. *La responsabilidad médica*. Rev. Der. Priv. No. 5 (2000); p. 62.

En efecto, Vázquez Ferreira considera que en estos eventos la diferencia del alcance prestacional que compromete un resultado no solo se proyecta en el análisis de la conducta del deudor, sino que, frustrado el interés del acreedor en la obtención del resultado, el régimen de la carga de la prueba varía, en tanto se acepte que probado el incumplimiento se genera una presunción de culpa solo desvirtuable por la prueba del caso fortuito o cualquiera otro evento que rompa la relación de causalidad o impida su nacimiento. En suma, frente a las obligaciones de resultado se está ante un deber objetivo, dado que solo interesa la conducta eficaz del deudor con abstracción de que haya obrado con o sin culpa; en consecuencia, se estima que si en realidad la culpa queda fuera de discusión y no se puede probar en contra de ella, es porque no hay tal culpa, o al menos no interesa, estando entonces frente a una responsabilidad objetiva¹².

Por su parte, Julio Galán, sin incurrir en incorrecciones, expresa que en las obligaciones de resultado, la prueba del incumplimiento objetivo descarta de plano el análisis de la culpa, no porque esta no exista, sino porque frente a la no obtención del resultado, su análisis resulta indiferente, de manera tal que su demostración no constituye carga probatoria para el acreedor, a quien le corresponderá únicamente acreditar la no obtención del resultado prometido¹³. De este modo, se puede apreciar que estando frente a este tipo de obligaciones el problema se plantea en términos de causalidad y no de culpabilidad, pues el deudor solo puede exonerarse si demuestra una ruptura del nexo causal, resultando indiferente acreditar que obró o no diligentemente.

En este ámbito de distinción entre las obligaciones de medios y de resultado existe unanimidad de criterios por parte de ambas jurisdicciones, por lo cual, en varias hipótesis tanto la justicia ordinaria como la contencioso administrativa, se han pronunciado a favor de la existencia de una obligación de resultado. A continuación, a fin de ilustrar la categorización de los compromisos asumidos como obligaciones de resultado, se hará referencia a algunos eventos que usualmente han suscitado polémica con relación a la certeza de su tipología:

(a) El caso de algunas intervenciones quirúrgicas con fines estéticos

En esta materia, desde el año 1986 la Corte Suprema de Justicia¹⁴, abandonando el antiguo criterio según el cual todos los casos la cirugía

12 Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 octubre de 1999, exp. 12655. CP. María Giraldo.

13 Galán, Julio. Responsabilidad civil médica. Pamplona: Civitas – Thomson Reuters, 2011. p. 78.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 26 noviembre de 1986, exp. 2423. Op. cit.

estética comportaban obligaciones de resultado¹⁵, estableció que cuando se trate de una cirugía estética, cuyo fin sea la corrección de un defecto físico, debe establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano, cuál fue la naturaleza y modalidades de la convención, pues si se demuestra que el médico aseguró un resultado determinado y no lo obtiene, será culpable y tendrá que indemnizar, salvo que demuestre la ocurrencia de una causal de exoneración; por el contrario, si se comprueba que el profesional no aseguró ningún resultado y este no se obtiene, quedará sujeto a las reglas sobre culpa, es decir, el demandante tendrá que probar que actuó con culpa.

Así pues, para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, la tendencia de la Corte estatuye por un análisis del caso concreto y más concretamente de la obligación específica asumida por el cirujano, pues 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; entonces, la obligación del médico, pese a concretarse en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo tanto, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la intervención con plena sujeción a las reglas de la *lex artis*; en el segundo caso, se considera que la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor solo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido¹⁶. Así pues, puede afirmarse que, en el ámbito de la cirugía estética o de embellecimiento, la obligación sigue siendo de medios, salvo que el paciente aporte la prueba de que el cirujano se comprometió a conseguir un resultado específico¹⁷.

(b) La obligación del médico obstetra consistente en traer un bebé al mundo luego del desarrollo de un embarazo regular

En relación con este evento, la jurisprudencia contencioso administrativa¹⁸ estableció que en el campo de la obstetricia la responsabilidad tiende a ser objetiva en la medida que parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, en la medida que lo

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 5 marzo de 1940. Op. cit.

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 diciembre de 2005. M. P. Edgardo Villamil; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 noviembre de 2013, M. P. Arturo Solarte.

17 En este sentido Franzoni, Massimo. La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado. Estudios sobre la responsabilidad civil. Lima: ARA editores, 2001. p. 384.

18 Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 agosto 2000. Exp. 12123, CP. Alier Hernández.

especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.

No obstante esta consideración, alguna doctrina se opone a que esta obligación sea considerada como de resultado, argumentando que existen algunos partos atípicos, donde se presentan riesgos imprevisibles e incontrolables, lo cual hace que no todas las prácticas obstétricas generen riesgos susceptibles de previsión¹⁹.

Carlos Ignacio Jaramillo, por ejemplo, retomando la opinión de otros estudiosos de la materia, recalca que las obligaciones que adquiere el médico obstetra no trascienden el deber de prestación ordinario, en consecuencia su compromiso no puede ir más allá de una obligación de medios. En efecto, quienes rechazan la categorización en el marco de las obligaciones de resultado argumentan que no todos los partos siguen el mismo curso, pues también están sujetos al alea propio de la actividad médica, en consecuencia, aun tratándose de un embarazo normal es probable que pueda presentarse cualquier dificultad que traiga consigo peligros tanto para la madre como para quien está por nacer²⁰.

(c) La utilización de cosas peligrosas durante la realización de un acto médico

En el año 1959 dentro de un hecho aislado, la Corte Suprema de Justicia calificó la actividad médica como peligrosa y presumió la culpa²¹. En el evento se condenó a la clínica demandada con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, en tanto que consideró que la colocación de bolsas de agua caliente en los pies de un enfermo hospitalizado, a fin de lograr el resultado de una actividad preparatoria a una operación quirúrgica, podía ocasionar una culpa aquiliana cuando la actuación se realizaba sin las debidas precauciones y estando el enfermo bajo elementos que le restaban el goce de su conciencia plena. En el evento, a la paciente que se encontraba bajo los efectos de un narcótico y dormida, le colocaron bolsas de agua caliente en los pies para cateterizar la vena y prepararla para una transfusión sanguínea, generándole

19 Hoyos, Ricardo. Evolución de la responsabilidad por prestación de servicios médicos y asistenciales en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado derivada de la administración y prestación de servicios de salud (profesional e institucional)*. Bogotá: Sideme - Temis, tomo I, 2003. p. 170.

20 Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente*. Bogotá: Javeriana, 2011, p. 392.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 octubre 1959. M. P. Hernando Morales. G. J. XCI, pp. 758-767.

quemaduras en el pie izquierdo que le prolongaron su estadía en la clínica por 20 días más.

Esta postura fue posteriormente rectificada por la Corporación. En efecto, claramente se ha señalado y esta es la posición que rige en la actualidad, que queda descartada la aplicación de las presunciones de culpa, como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, porque la labor médica está muy lejos de poder asimilarse a ellas²². En efecto, la Corte puntualiza que si bien el acto médico muchas veces comporta riesgos, dichos riesgos al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia considera como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente y si se quiere obligatorio para el profesional de la medicina en razón a las implicaciones humanísticas que son inherentes al ejercicio de la medicina.

(d) La práctica de exámenes de laboratorio de rutina

Alrededor de este tipo de exámenes se ha venido considerando que en la medida que ellos no contienen una finalidad curativa y que además el progreso de la ciencia ha sido de tal magnitud que cada día se torna más inexcusable cualquier error que en ellos se cometa, resulta oportuno catalogarlos dentro de las obligaciones de resultado²³. En efecto, la toma de exámenes corrientes como aquellos para medir el colesterol, el ácido úrico, la glicemia, el examen de orina, por ejemplo, dado que en ellos puede existir un margen mínimo de error, incluso ausencia de toda alea y no es latente el riesgo médico que acompaña al acto médico, pueden encuadrar adecuadamente en el esquema de las obligaciones de resultado.

Del mismo modo la doctrina extranjera y colombiana²⁴, enlistan otras hipótesis que, en línea de principio, pueden encuadrarse bajo la categoría de obligaciones de resultado, como por ejemplo:

(e) La obligación de utilizar equipos o instrumentales especializados que faciliten la labor del cirujano

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001, exp. 5507. M. P. José Fernando Ramírez.

23 Jaramillo. Responsabilidad civil médica. Op. cit., p. 388

24 Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002. p. 395. Suescún. Op. cit., p. 358 ss. Parra, Op. cit., p. 12. Suárez, Daniel. La responsabilidad de las entidades territoriales en la prestación de los servicios médicos. Particularidades que puede presentar este régimen en el campo de la ginecología, la obstetricia y la genética. *Rev. Der. Priv.* No. 4 (jul. 1998-dic. 1999); p. 13.

(f) La realización de algunas cirugías ejecutadas por odontólogos, como la fijación de prótesis dental²⁵ o el blanqueamiento estético de los dientes.

(g) La práctica de ciertas intervenciones que tienen como fin la transformación de la actividad sexual, concretamente la vasectomía y la ligadura de trompas.

Alrededor de esta hipótesis se han tejido variadas opiniones. Existe, por ejemplo, la posición de quienes consideran que se trata de una obligación de medios, en razón a que no obstante los avances conseguidos en la materia, siempre subsiste un riesgo terapéutico que debe ser eliminado mediante controles y comprobaciones de esterilidad ulteriores.

En esta materia, la jurisprudencia española en un caso decidido en el año 1994 en el cual un paciente que fue sometido a vasectomía fallida, tras la cual su esposa quedó embarazada y tuvo gemelos, el Tribunal Supremo manifestó que en tratándose de la medicina curativa, dado que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos, lo que hace que algunos de ellos, aunque resulten eficaces para la generalidad de los pacientes pueden no serlo para otros, esta circunstancia impide hablar de una obligación de resultado²⁶.

Pero, al contrario, si se trata de aquellos eventos de medicina voluntaria, en los que el interesado acude al médico no para la curación de una enfermedad, sino como en este caso, para la transformación de su actividad biológica sexual, se propicia una mayor exigencia frente a la obtención de un resultado, en la medida que si así no sucediera, el interesado no acudiría al médico para el logro de la finalidad buscada.

Por eso en estos eventos, concluye el Tribunal Supremo, se aprecia una obligación de medios intensificada que exige del médico no solo utilizar todos los medios idóneos para lograr el fin, sino además, reforzar su deber de información respecto de los riesgos de la intervención y de las posibilidades de que la intervención no comporte la obtención del resultado que se espera²⁷.

(h) Finalmente, encontramos la ejecución de procedimientos seguros que no implican una atención compleja, en los cuales se puede garantizar

25 Penneau, Jean. *Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*. Répertoire de droit civil, Dalloz, 2015. p. 9.

26 Galán. *Op. cit.*, p. 88.

27 *Ibid.*

algún resultado, entre ellos, la operación de amígdalas, la apendicetomía, los procedimientos ambulatorios, entre otros.

Dentro de este grupo, la jurisprudencia colombiana ha manifestado que en desarrollo del principio de autonomía es posible que el médico, por decisión propia y consciente, adquiera el compromiso de lograr u obtener un resultado específico, esto es, que se obligue para con el paciente a la consecución de un fin determinado, supuesto en el que la obligación a su cargo se tipifica como de resultado. Pero, igualmente, considera que existen determinadas actuaciones médicas, en las que la finalidad perseguida se puede obtener con la ejecución de la conducta convenida y en las que la presencia de elementos contingentes es mínima, lo que conduce, en tales supuestos, a que se generen obligaciones de resultado.

Dentro de estas actuaciones, la Corte Suprema ha seleccionado la colocación de un aparato ortopédico, la inmovilización de una extremidad, el implante de un mecanismo anticonceptivo, las labores médicas de certificación, entre otros, en los que, según su criterio, el componente de aleatoriedad en la realización del interés del acreedor está prácticamente ausente, en consecuencia, se entiende la generación de obligaciones de resultado. De este modo, se concluye que la específica caracterización del deber que surge para el profesional de la medicina como una obligación de resultado puede derivar no solo de los alcances que tenga su compromiso en el momento de convenir el respectivo contrato, sino también, puede provenir, en algunos eventos particulares, de la propia naturaleza de la intervención, pero, claro está, sin que se puedan establecer al respecto reglas pétreas o principios inmodificables²⁸.

1.1.3. REVISIÓN CRÍTICA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN EN EL ÁMBITO COLOMBIANO

La aplicación generalizada de esta teoría que distingue a las obligaciones de medios y de resultado, ha permitido desde hace varios años descubrir algunas dificultades que conlleva para el paciente-víctima tener que aportar la prueba de la culpa cuando de obligaciones de medios se trata, motivando una preocupación constante en medio doctrinal, en orden a decidir si en verdad es posible acoger en nuestro país esta clasificación de las obligaciones.

Por una parte, haciendo eco a la doctrina y la jurisprudencia comparada, están quienes no dudan que dicha distinción pueda ser aplicada en el ámbito del derecho colombiano, con fundamento no solo en que nuestra

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 2013. Op. cit.

jurisprudencia desde hace ya muchos años la viene aplicando sin suscitar ninguna dificultad, sino también, considerando que dicha tradicional clasificación permite con facilidad determinar el alcance y contenido de la prestación y apreciar el juego de las cargas probatorias²⁹.

Por otra parte, están quienes consideran que dicha clasificación es ilógica y se desintegra tan pronto se la somete a una revisión crítica de orden lógico. El maestro Valencia Zea, por ejemplo³⁰, consideraba que toda obligación debía satisfacer resultados, mediante el empleo de medios, es decir toda obligación era de medios y de resultados, toda obligación importaba un resultado que debía procurarse y medios para conseguirlo. Bajo este entendido, estimaba que el paciente que se hace operar persigue un resultado demasiado concreto y determinado: que se haga la operación, por ejemplo, que se le extirpen las amígdalas o el apéndice; pero, ese resultado que es inmediato, se convierte a su vez en medio para lograr un resultado posterior que es, por ejemplo, el de conservar un cuerpo sano, y este resultado también puede ser medio de otro resultado, por ejemplo, ser un buen cantante, un buen deportista, etc.

Por su parte, Uribe-Holguín³¹, al criticar a los hermanos Mazeaud quienes acogieron una denominación distinta a la de René Demogue, esto es, “obligaciones determinadas” y “obligación general de prudencia y diligencia”, se preguntaba si todas las obligaciones, sin excepción, habían de ejecutarse con prudencia y diligencia, pues no comprendía cómo poder explicar que el deudor de una obligación de medios se podía exonerar demostrando “ausencia de culpa”; es decir, que su conducta fue prudente y diligente. Según este autor, es un error afirmar que el objeto de la obligación de medios consiste en ser prudente y diligente, pues éste no es un criterio para distinguir unas obligaciones con otras, porque todas sin excepción han de ejecutarse con prudencia y diligencia. La diligencia y cuidado es entonces un modo de obrar, no es la medida del contenido de una obligación, así sea de medios o de resultado, la diligencia hace referencia a cómo se debe atender a la realización del contenido de la obligación (dar, hacer, no hacer), es decir, la diligencia y cuidado con que deben ejecutarse las tareas.

De este modo, el grado de diligencia y cuidado que debe emplear el deudor, jamás sirve para determinar el contenido de su obligación. Para el autor, muchas veces aún los deudores prudentes y diligentes, no pueden

29 Pérez, Álvaro. *Teoría General de las obligaciones*, Bogotá: Temis, Tomo II, 1953, p. 16.

30 Valencia, Arturo. *Derecho civil. De las obligaciones*. Bogotá: Temis, Tomo III, 1978, p. 405.

31 Uribe-Holguín, Ricardo. *El pago de la obligación de medios. Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá: Temis, 1970. pp. 95 ss.

pagar sus obligaciones, debido a fuerza mayor o caso fortuito, trátense de obligaciones de medios o de resultado.

En similar sentido, el Consejo de Estado en el año 1990³² señaló que “desde un principio la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado mereció reparos porque, por una parte, el deudor siempre está obligado a ser diligente y cuidadoso, sin importar cuál sea la clase de obligación y de otra, porque en toda obligación, cualquiera que sea su objeto, el acreedor espera un resultado.

Por su parte encontramos a André Tunc³³, quien afirmaba la correspondencia absoluta de las dos nociones (fuerza mayor y ausencia de culpa) en materia contractual. En términos generales, el autor consideraba que la ausencia de culpa es la que el deudor siempre pretende establecer al probar la fuerza mayor o la diligencia general de su conducta, pues nada es imprevisible e irresistible en lo absoluto, es necesario considerar siempre la diligencia del deudor. Así, el deudor debe ser exonerado cuando no ha cometido culpa, ya que la culpa es el único fundamento de la responsabilidad contractual.

De otro lado, se encuentran quienes parten de la consideración, según la cual, dicha clasificación no tiene la virtualidad de modificar el régimen común de responsabilidad en lo tocante a la prueba o presunción de culpa, ni respecto a los medios de defensa que puede plantear el deudor. Esta posición defendida por Jorge Suescún³⁴, parte de la base de que en nuestro derecho ya se ha consolidado el principio de que en materia contractual se presume la culpa del deudor y que en la prestación de servicios profesionales, como los médicos, se presentan tres eventos de responsabilidad, a saber, el incumplimiento puro y simple (por ejemplo cuando el médico no prestó los servicios pactados), el cumplimiento extemporáneo o retardado (por ejemplo cuando el médico prestó sus servicios pero más tarde de lo acordado, o de lo establecido en la ley o en los usos) y el cumplimiento defectuoso.

Pero, según el autor, la presunción de culpa no opera por la mera presentación de la demanda, ni por la simple afirmación del demandante, pues para que opere dicha presunción es menester que quien se beneficia de ella pruebe el supuesto o los hechos en que se funda, es decir, es necesario que pruebe el incumplimiento del deudor. En este orden de ideas, el incumplimiento debe siempre probarlo el demandante con la única

32 Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 octubre 1990, Exp. 5902, CP. Gustavo de Greiff.

33 Tunc, André. *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*. RTD Civ., 1945. pp. 235 ss.

34 Suescún. Op. cit., pp. 379 ss.

excepción de que se trate de *hechos negativos indefinidos* (por ejemplo, no me ha pagado el dinero), porque su demostración cabal es imposible, caso en el cual el demandado debe allegar la prueba de la ejecución de la obligación, de lo contrario se consolida la presunción. Pero si se trata de meros *hechos negativos aparentes* (por ejemplo, porque me recetó una medicina equivocada, me recomendó un tratamiento inadecuado), como no se trata de verdaderas negaciones indefinidas, son perfectamente demostrables por parte del demandante.

Así pues, según el autor, tratándose de *ejecución defectuosa de servicios profesionales*, el incumplimiento lleva implícita la culpa, de manera que la prueba de aquel es al mismo tiempo la prueba de ésta y demostrada la culpa ya no puede funcionar la presunción de culpa contra el deudor. Por lo tanto, si se trata de obligaciones de medio y se demuestra su incumplimiento de manera concomitante queda demostrada la culpa del deudor, es decir, demostrado el incumplimiento y la consecuente culpa, no cabe ningún medio de prueba relacionado con la ausencia de culpa o la fuerza mayor.

Para Suescún no hay coherencia en exigir al demandante que pruebe la culpa y al mismo tiempo decir que el médico se exonera demostrando la ausencia de culpa, pues si se acredita la culpa, luego no puede probarse lo contrario; del mismo modo, considera que no cabe alegar la fuerza mayor, porque existiendo culpa probada no es procedente este mecanismo de defensa.

Por su parte, tratándose de las hipótesis de responsabilidad vinculadas al *incumplimiento puro y simple*, estima que el demandado debe probar que sí cumplió y si no lo hace se presume su culpa y para el caso de *cumplimiento extemporáneo o retardado*, el autor considera que también se debe presumir la culpa del médico y para desvirtuar ambas hipótesis se debe probar el acaecimiento de una fuerza mayor.

Recuérdese que una de las principales críticas que se hicieron a la teoría de las obligaciones de medios y de resultado tuvo que ver con los distintos límites a la responsabilidad que otorgaba según se tratase de una u otra categoría. En efecto, desde un principio los precursores de esta clasificación, los alemanes Bernhöft y Fisher indicaron que el límite de la responsabilidad cuando de obligaciones subjetivas (de medio) se trataba, era de naturaleza subjetiva, es decir, el concepto de *caso fortuito* no tenía ninguna importancia y la responsabilidad estaba determinada por el concepto de culpa, correlativo al concepto de diligencia; es decir, la responsabilidad cesaba ante cualquier obstáculo superior a la masa de esfuerzo derivada en obligación. Así, el

deudor no respondía por no haber alcanzado el resultado, sino que respondía en cuanto la falta del resultado era imputable a culpa, independientemente que dicho resultado se hubiera vuelto objetivamente imposible.

Por otra parte, los autores indicaron que el límite de la responsabilidad cuando de obligaciones objetivas (de resultado) se trataba, era de naturaleza objetiva, es decir, estaba constituido por el *casus*, entendido como evento extraño a la voluntad del deudor, del cual derivaba la *imposibilidad objetiva de la prestación*. La principal crítica que se dirigió contra esta argumentación estaba fundamentada en que era arbitrario el tentativo de no valorar la función del *casus* como límite de la responsabilidad en el ámbito de las obligaciones de puro comportamiento (de medio o subjetivas). En efecto, el caso fortuito podía presentarse no obstante hubiere habido diligencia por parte del deudor, luego, la incidencia del *casus* sobre las obligaciones de diligencia (de puro comportamiento, de medios o subjetivas), no significaba en absoluto que el deudor no hubiera podido ser diligente, sino que su diligencia no había logrado evitar el surgimiento de un impedimento objetivo a la observancia del comportamiento que constituía el objeto de la obligación.

Así pues, el principio de la “imposibilidad objetiva”, como límite de la responsabilidad del deudor, no era incompatible con el peculiar contenido de las obligaciones de diligencia; en consecuencia, el principio según el cual la responsabilidad por incumplimiento era excluida solo por “imposibilidad objetiva” de cumplir, sobrevenida por causa no imputable al deudor, era válido para ambas categorías de obligación y la peculiaridad de las “obligaciones de diligencia” estaba solo en que dicha imposibilidad de la prestación podía estar determinada también por la imposibilidad del comportamiento que constituía el objeto³⁵.

Finalmente se encuentran quienes, contrariando al régimen probatorio que esta clasificación trae consigo, discuten que en Colombia pueda aplicarse realmente esta clásica distinción. Esta parte de la doctrina señala que diversas razones pueden hacer pensar que no obstante la deslumbrante y atrayente creación de Demogue, esta no es posible transferirla al derecho colombiano ya que, a pesar de la similitud general que se advierte entre la codificación francesa y colombiana, existen muchas diferencias que pueden generar soluciones diversas.

35 Para una profundización sobre esta crítica consultar Mengoni. Luigi. *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico). III. Il limite di responsabilità nelle due categorie di rapporti. Riv. Dir. Comm. (1954); pp. 305 ss.

Así, al decir de estos autores, a pesar de que nuestra Corte Suprema de Justicia acogió casi invariablemente esta distinción “en Francia esta teoría se construyó sobre textos especiales del Código de Napoleón de los cuales carecemos y a falta de un precepto como el artículo 1604 de nuestro Código Civil que, en armonía con su artículo 63 (que tampoco existe en el Código de Napoleón porque según la doctrina dominante éste repudió la teoría de las tres culpas), consagra una solución distinta para determinar el contenido de la obligación del deudor contractual, establecer si el deudor pagó o incumplió su obligación y la manera como está distribuida la carga de la prueba”, de esta manera, “la obligación de medios vista a través de su efecto de colocar sobre el paciente la carga de probar la culpa del médico, no encierra buena lógica. Equivale a colocar la carreta delante de los bueyes”. Desde esta perspectiva, se admite entonces que la clasificación sirve para determinar el contenido de la obligación, pero no sirve o no tiene la virtud de modificar las reglas generales sobre la carga de la prueba³⁶.

Por su parte, Guillermo Ospina³⁷ critica y repudia la teoría que distingue entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado tanto en Francia como en Colombia. Teniendo en cuenta que, según la construcción de Demogue, en las obligaciones de resultado la frustración de este hace siempre responsable al deudor, erigiendo de tal modo el caso fortuito como única causa exoneratoria, se crea entonces, según el autor, una construcción que resulta contraria a la concepción clásica latina de la responsabilidad subjetiva que supone necesariamente el dolo o la culpa, dado que en este caso prescinde de la valoración moral de la conducta del demandado e introduce la concepción alemana de tipo objetivo.

De acuerdo con Ospina, a la aplicación de la responsabilidad objetiva es a donde conduce la principal de las consecuencias que se le quiere atribuir a esta clasificación de las obligaciones. En efecto, tal teoría impide al deudor probar que el incumplimiento no le es moralmente imputable por haber actuado con toda la prudencia y cuidado requeridos, porque esta demostración no le basta si la obligación es de resultado, con lo cual se va en contra del artículo 1604 del Código Civil que contempla, sin distinguir la naturaleza de las obligaciones, dos modos distintos de exoneración: la prueba de la diligencia debida y la del caso fortuito.

Esta posición tuvo acogida en el Tribunal Superior de Distrito de Bogotá en el año 1994 cuando señaló lo siguiente:

36 Vallejo. Op. cit., p. 67 ss.

37 Ospina, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 6ª Ed., 1998. p. 116.

No obstante, algún sector de la doctrina afirma que la legislación civil colombiana no permite acudir a la diferencia anterior, de estirpe francesa, con el argumento de que esa ella (sic) no contempla el sistema tripartito de la culpa, ni prevé que la inejecución de un contrato presume la culpa del deudor, como sí sucede en aquella. Perspectiva de la cual se concluye que en nuestro régimen, establecida la inejecución de las obligaciones nacidas de un contrato, el deudor debe acreditar que el incumplimiento le es inimputable por causa de fuerza mayor o, si se obligó a realizar una serie de actos, que obró con la diligencia y cuidado –ausencia de culpa– necesarios según la utilidad o beneficios buscados con la negociación, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, independientemente si su prestación era de medio o de resultado (arts. 1604, 1730 y 1757 ejúsdem).

De donde, en tratándose de responsabilidad contractual, el médico tiene a su cargo demostrar que actuó con el conocimiento suficiente y con el cuidado y diligencia sumo con el que otro en su lugar, versado en la misma ciencia, hubiese responsablemente actuado en igualdad de circunstancias. O, lo que es lo mismo, que el médico tiene que probar la idoneidad del tratamiento que prescribió al paciente o de la intervención que practicó.

Pero no obstante esta postura y de aquí una última posición, dicho reconocimiento no fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia³⁸, al consagrar lo siguiente:

Este criterio del ad quem en manera alguna puede compartirlo la Corte, pues en él, como ocurre con algunas posiciones doctrinarias, se sienta un principio general absoluto de presunción de culpa contractual a cargo de los médicos, que ciertamente, como ha venido exponiéndose, es un tratamiento no equilibrado, y contrario a la previsión del inciso final del mismo artículo 1604 que invoca el Tribunal, donde luego del planteamiento inicial sobre la graduación de culpas y la carga de la prueba de la diligencia y cuidado, se establece que todo lo preceptuado, *“se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”*.

Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la

38 En el citado fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001. Op. cit.

importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones “*de moyens*” y “*de résultat*”, atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan un rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma

Y continúa:

Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad [...], y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues este es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “*el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado.*”

Se recalca que en este caso se hace referencia a este elemento en razón a que no pudo ser demostrada la existencia de un nexo causal cierto y directo entre la conducta del médico y el perjuicio sufrido por el paciente, en la medida que no se pudo establecer certeramente si la ruptura del tímpano del oído izquierdo y el consecuente uso de audífono, eran consecuencia del procedimiento quirúrgico al que fue sometido el paciente, recalándose que el dictamen pericial había determinado que la ruptura del tímpano podía tener como causa probable su *perforación* durante el procedimiento, pero que este hecho debía entenderse como un *riesgo inherente a la operación*, en razón a

que la técnica misma que en estos casos debía emplearse, imposibilitaba una adecuada visualización por la estrechez del campo operatorio.

Ahora bien, adoptando esta posición, la Corte ofreció distintos argumentos para no aceptar la aplicación del régimen general consagrado en el Art. 1604 del Código Civil, esto es, la presunción de culpa del deudor, a los casos de responsabilidad médica de naturaleza contractual. En efecto, en primera medida, la Corporación desechó la aplicación del criterio del ad quem pues consideró que sentaba un principio general absoluto de presunción de culpa a cargo de los médicos, el cual resultaba contrario a la previsión del mismo artículo 1604 que en su inciso final establece que todo lo preceptuado “*se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes*”. Es decir, según la Corte, puede suceder que el régimen específico (inciso final), excepcione el general de los primeros incisos.

Según el dictado de la Corte Suprema, el régimen general está conformado por los incisos uno, dos y tres del Art. 1604, los cuales se refieren respectivamente al grado de culpa en que puede incurrir un deudor, a los casos en que el deudor es responsable del caso fortuito y a la carga de probar la diligencia y la fuerza mayor. Dicho régimen general, al decir de la Corporación, puede ser excepcionado por las *disposiciones especiales de las leyes*, o por las *estipulaciones expresas de las partes*; en tal entendido, es posible, como en efecto ocurre, que *la ley* indique otro grado de culpa por el que deba responder el deudor (por ejemplo el Art. 2247 del C.C.) o que señale casos especiales donde el deudor sí responde por el caso fortuito (por ejemplo el Art. 2203 del C.C.)³⁹; del mismo modo, es posible que *las partes* puedan estipular la culpa en que incurrir (por ejemplo, pueden estipular que el depositario responda de toda especie de culpa); respecto a la prueba de la diligencia y cuidado, tienen derecho de imponerse la clase de prueba que les convengan; y en cuanto al caso fortuito y al modo de probarlo, pueden convenir en lo que quieran.

Empero, nótese que esta norma, que consagra las reglas aplicables a la responsabilidad contractual del deudor, las cuales pueden ser excepcionadas por la ley o por la estipulación “expresa” de las partes (es decir, “la

39 En este sentido también, Uribe-Holguín, Ricardo. Definición de varias palabras de uso frecuente en jurisprudencia y doctrina. Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos. Bogotá: Temis, 1970. p. 270, para quien “el caso fortuito exonera siempre de responsabilidad, a no ser que la ley o el contrato lo carguen al agente o al deudor.

estipulación no puede deducirse o haberla tácita")⁴⁰, no hace alusión alguna a ciertas o determinadas clases de obligaciones; es decir, cualquiera sea el tipo de obligación, su inejecución hace presumir la culpa del deudor, por lo tanto, para desvirtuar dicha presunción y exonerarse de responsabilidad, el deudor puede probar la fuerza mayor o la diligencia y cuidado empleados (ausencia de culpa), dos nociones que, al decir de la jurisprudencia civil, no se oponen en su esencia.

Sin embargo, mientras que en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, "el deudor está obligado a probar la existencia de un acontecimiento preciso que haya acarreado, abstracción hecha de toda culpa por su parte, la imposibilidad absoluta de ejecución de su obligación", cuando se alega la ausencia de culpa, "el deudor demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión [...] únicamente se pide la prueba de la ausencia de las culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de datos corrientes de la experiencia".

Sin discutir acerca de la diferencia de dificultad entre las dos clases de pruebas: el caso fortuito y la ausencia de culpa (siendo considerada esta última un medio liberatorio de acceso mucho más fácil que el caso fortuito o la fuerza mayor),⁴¹ ya que escapa al objeto de este estudio, podemos reiterar una vez más que el Código civil colombiano, más específicamente su Art. 1604, no teniendo en su construcción uno similar en el derecho francés, consagra una solución para determinar el contenido de la obligación del deudor, establecer si él cumplió o incumplió su obligación y la manera como está distribuida la carga de la prueba. A la luz de estos textos y teniendo en cuenta que el objetivo de este apartado es provocar en los participantes en este curso, reflexiones en torno a este delicado y polémico aspecto, directamente relacionado con la responsabilidad civil médica, podríamos manifestar que los jueces y juezas de Colombia no deberían preguntarse si el deudor se obligó a obtener para el acreedor un resultado preciso, o si se obligó tan solo a desplegar ciertos medios sin garantizar el resultado, porque ni ese criterio ni esas palabras figuran en nuestro Código civil, cuyos textos apuntan en otra dirección.

40 Vélez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. París: Imprenta París-América, 1926, vol. VI. pp. 211 ss.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 noviembre 1935, M. P. Eduardo Zuleta Angel. G. J. XLIII, pp. 175 y ss. Bermúdez, Martín. La prueba de la responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios médicos. *Rev. Der. Proc.* No. 21-22 (1997); p. 200.

Con apoyo en las apreciaciones de Fernando Vallejo⁴², si bien el Código Civil francés ha servido siempre de modelo para la jurisprudencia colombiana por ser una de las fuentes inspiradoras de Andrés Bello, lo que nos hace partidarios de su tradición jurídica y herederos de su valioso aporte a la civilización y la cultura de occidente, hay que seguirlo con cautela, pues en muchos campos como el de la culpa contractual Bello se apartó de sus soluciones; por lo cual, no obstante el parecido general que se advierte en ambas codificaciones, ellas también acusan profundas diferencias que determinan soluciones también distintas. En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia colombiana deben partir de los textos del Código civil para identificar un sistema, descubrir su propia lógica y buscar su verdadero entendimiento.

En este orden de ideas, podría considerarse que el propio Código civil colombiano aporta una solución suficiente para estos eventos de responsabilidad civil, ya que tiene una base firme en las instituciones del Código, siendo impreciso acudir a una serie de teorías que frente a la claridad de nuestra ley civil, pueden resultar carentes de valor y solidez.

En el sistema colombiano, la responsabilidad contractual supone que el deudor no ha ejecutado la obligación derivada del contrato y la culpa resulta por el solo hecho del incumplimiento. Así, el actor debe probar el contrato y afirmada la inexecución el deudor de la obligación contractual (en su caso el médico) se presume responsable, y entonces es a él, como deudor demandado, a quien le incumbe demostrar que la obligación que debía cumplir se ha extinguido, o bien por pago, o bien por imposibilidad de ejecutar la prestación a que estaba obligado. Es decir, debe probar que pagó (cumplió) o que no pudo pagar (porque una fuerza mayor se lo impidió), y en este último caso, que la obligación permanece inexecutada no obstante la diligencia y cuidado que ha empleado en cumplir. El Art. 1604 dispone claramente que la prueba de la diligencia y cuidado a que está obligado el deudor, incumbe al que ha debido emplear esa diligencia o cuidado en el cumplimiento de su obligación, es decir, al deudor;⁴³ que el deudor no responde de caso fortuito, a menos que el fortuito haya sobrevenido por su culpa; y que la prueba del caso fortuito incumbe al que lo alega.

42 Vallejo. Op. cit., p. 73.

43 Esta misma regla –idéntica al art. 1547 del Código civil chileno–, según la cual, “la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que debido emplearlo”, ha sido también considerada en Chile el principal obstáculo para la recepción en su práctica nacional de la clasificación (obligaciones de medios y resultado), precisamente por la generalidad de sus términos, difícilmente eludible, concluyendo que “será siempre el deudor (médico) quien deberá acreditar que no incurrió en negligencia”. Para una profundización sobre este debate en el derecho chileno, Tapia, Mauricio. Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. Rev. Der. Univ. Austral de Chile. Vol. XV (2003); pp. 89 ss.

Razón le asistió a Antonio Rocha al manifestar lo notoria que resulta la insistencia de nuestra ley en que el deudor observe cierto cuidado o diligencia en procurar el cumplimiento de su obligación y satisfacer a tiempo a su acreedor; en que dicho deudor es quien debe dar la prueba de haber observado tal cuidado o diligencia para eximirse de la responsabilidad inherente al incumplimiento de su obligación; en que si el deudor demuestra haber observado la debida diligencia y cuidado de manera que el caso fortuito o la fuerza mayor no sobrevino por su culpa, la inejecución de la obligación no le es imputable; y si el acreedor pretende que el caso fortuito sobrevino por culpa del deudor ... el deudor debe demostrar el caso fortuito que alega como extintivo de su obligación ...". Lo anterior, dado que, de todas maneras, "el deudor que no ejecutó su obligación es responsable por el hecho de la inejecución ante su acreedor, así se trate de obligaciones de hacer o de dar; o siguiendo la más moderna clasificación de las obligaciones, así sea de medio o de resultado"⁴⁴.

Aplicando, entonces, esta reflexión al caso concreto de la responsabilidad civil médica, se podría entonces afirmar que en términos generales, sin discutir el impacto que los actuales adelantos de la ciencia médica pueden generar sobre la "doctrina del alea" propia de las obligaciones de medios, no se duda de que la obligación del médico es, en principio, una obligación de medios, en tanto que no promete el éxito de la operación o tratamiento y dado el alea inherente e innegable de la actividad médica; sin embargo, de acuerdo con la reflexión antes realizada, podría concluirse que ello no implica que se tengan que variar los efectos jurídicos tocantes con la carga de la prueba. Es más, la judicatura no debe valerse de la doctrina de las obligaciones de medios para mantener la irresponsabilidad del profesional, pues en verdad la distinción entre obligaciones de medios y de resultado sirve para determinar el contenido de la obligación, pero al parecer no puede modificar las reglas generales de la carga de la prueba; en consecuencia, al deudor le incumbe siempre probar el pago o la fuerza mayor, pues el incumplimiento de la obligación hace presumir su culpa, independientemente de que la obligación sea de medios o de resultado, es decir, independientemente de su contenido.

44 Rocha, Antonio. *De la prueba en derecho*. Bogotá: El gráfico, 1940. pp. 32 ss. También Rocha, Antonio. De la responsabilidad contractual y extracontractual. Al Sr. Dr. Antonio Rocha. Homenaje de la Universidad Externado de Colombia con motivo del octagésimo aniversario de su nacimiento. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1979. pp. 109 ss. Entre las disposiciones concordantes que deben tenerse en cuenta están, entre otras: Art. 1733 inc. 1 cc que obliga al deudor a probar el caso fortuito que alega, Art. 1730 CC según el cual siempre que la cosa perece en poder del deudor se presume por hecho o culpa suya y Art. 1757 CC según el cual, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.

Así pues, la prueba del pago para el médico consistirá en demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es la serie de actos o medios previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales de operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control postoperatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este periodo, que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc.⁴⁵

Desde tiempo atrás esta propuesta fue formulada⁴⁶ y surgió ante la preocupación generada a partir de la dificultad probatoria a la cual, en la mayoría de casos, se enfrenta el paciente víctima cuando intenta demostrar la culpa médica cometida en el marco de las obligaciones de medios. Esta preocupación fue también advertida por la jurisprudencia de la Corte Suprema cuando en ciertas oportunidades manifestó la necesidad de facilitar o dulcificar, si se quiere, la pesada carga probatoria que atañe al paciente.

En efecto, la alta Corporación ha declarado que en relación con el *onus probandi*, en ciertos casos de excepción, es dable al juez aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria, como la regla *res ipsa loquitur*, la tesis de la culpa virtual, entre otros⁴⁷. En suma el alto Tribunal venía abogando por la aplicación del principio de la *carga dinámica de la prueba* buscando, en últimas, flexibilizar el rigor de las reglas del *onus probandi*, es decir, pasando de una concepción rígida de la carga de la prueba en cabeza del demandante a una más dinámica que permitiera al juez ante la duda probatoria decidir a cuál de las dos partes le ha quedado más fácil aportar la prueba al proceso. La Corte Suprema ha venido reconociendo entonces que una aplicación rigurosa

45 Vallejo. Op. cit., p. 85. Consejo de Estado, Sección tercera, 3 febrero 1995, Exp. 1942, CP. Carlos Betancur.

46 Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica: problemas actuales*. Bogotá: Ibáñez, 2008, p. 50.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de enero de 2001, exp. 5507. Op. cit.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 Julio de 2010. M. P. Pedro Munar; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de noviembre de 2011. M. P. Arturo Solarte.

del principio de la *carga de la prueba*, podría traer consigo el fracaso de la función de reparación del instituto de la responsabilidad, dejando en claro su rechazo a principios generales encaminados a establecer presunciones de culpa de manera absoluta, es decir, ha abogado por la aplicación del principio de la *carga dinámica* pero dependiendo de las circunstancias del caso concreto. De este modo, según el caso, la carga de la prueba puede desplazarse al médico demandado, cuando se considere que este se encuentra en mejores condiciones de probar lo ocurrido.

Como es bien conocido, el principio de la carga dinámica de la prueba ha quedado consagrado en el nuevo Código General del Proceso, a través del artículo 167 que prevé la posibilidad para el juez, de oficio o a petición de parte, de dar aplicación a dicho principio al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, desplazando de este modo la carga hacia cualquiera de las partes, dependiendo de quién se encuentre en mejores condiciones o le quede más fácil acceder a los medios probatorios, exigiéndole probar determinado hecho por encontrarse en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

Con este panorama, la Corte Suprema de Justicia ha destacado cómo resulta particularmente importante que en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada, debe existir en estos supuestos suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes⁴⁸.

Así pues, dado que el citado Código General del Proceso entró en vigencia de manera reciente, Colombia permanece atenta a los desarrollos que tendrá la jurisprudencia nacional respecto a la aplicación efectiva o no de la *carga dinámica de la prueba* en los procesos de responsabilidad civil médica, principio cuya aplicación se facilita aun más por la implementación de la oralidad a través del proceso mediante audiencias en el contexto colombiano, pues se espera que en la mayoría de los casos sean los profesionales demandados quienes se encuentren en una mejor posición procesal⁴⁹ por tener los

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 noviembre de 2013. Op. cit.

49 Peyrano, J. citado por Lorenzetti. Op. cit., p. 416, estima que es el análisis económico del derecho el que ha desarrollado una regla atinente a la posición probatoria, indicando que debe adjudicarse la carga a quien

conocimientos técnicos especializados en la materia que se está debatiendo, además de todos los medios probatorios a su disposición y en consecuencia, al encontrarse en mejores condiciones de soportar el *onus probandi*, deberá ofrecer los medios probatorios que lleven al juez al convencimiento sobre el quebrantamiento o no de la *lex artis*. Gracias al carácter dinámico de las reglas probatorias, se impone una suerte de colaboración entre las partes en la recolección del material probatorio⁵⁰.

1.2. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1.2.1. NATURALEZA CONTRACTUAL

Por lustros se sostuvo que el médico respondía en virtud de una responsabilidad de naturaleza extracontractual, pues se consideraba que los actos derivados del ejercicio de una profesión liberal no podían formar parte de un contrato, en consecuencia, el compromiso que adquiría un médico no generaba respecto de él ningún vínculo contractual, pues “el sentido moral, como los principios del derecho, condenarían la pretensión de aquel que quisiera reclamar daños y perjuicios en tal sentido”, se hablaba en esa época de una “ilicitud de la negociación que recayera, de una u otra forma, en el cuerpo humano”, en consecuencia, la responsabilidad médica era considerada de orden especial, en cuanto suponía no la violación de obligaciones contractuales, acordadas entre las partes, sino “de reglas esenciales de la profesión”⁵¹.

En Francia, por ejemplo, la época comprendida entre la entrada en vigor de su Code Civil de 1806 y el año 1936, se caracterizó por ubicar dentro del ámbito extracontractual el fundamento de la responsabilidad médica, no obstante las fuertes oposiciones de una parte del gremio médico que deseaba limitar esta responsabilidad a su más mínima expresión. La explicación del carácter delictual de la responsabilidad provenía de la dificultad de precisar,

está en mejores posiciones probatorias. El significado de “mejor” se relaciona con la más eficiente, en el sentido de que quien ya tiene la información o la prueba, le resulta más barato, más económico arrimarla al proceso. En este orden de ideas, en la responsabilidad médica, hay mayoría autoral y jurisprudencial que considera que el médico es quien está en mejores condiciones probatorias, ya que él posee la prueba, tiene la información, la documentación, una explicación posible de lo sucedido, por lo tanto, es quien puede explicar mejor las cosas.

50 Vásquez, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Medellín: Dike, 1995. p. 146. Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Ahora el profesional también debe aportar toda su prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas. El autor señala además que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no es una regla de inversión de la carga de la prueba, sino una regla de colaboración.

51 Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Op. cit., p. 96.

por parte del médico, el contenido del contrato⁵² y residía además en la voluntad de poner la prueba de la culpa a cargo de la víctima, pues dado que en esa época la distinción entre obligaciones de medio y de resultado no se había aún desarrollado, atribuir una naturaleza contractual a la responsabilidad del médico imponía, por principio, que fuera él como deudor a quien le correspondiera desvirtuar la presunción que, por incumplimiento contractual, pesaría sobre él.

La naturaleza y contenido de la responsabilidad médica fueron, entonces, ampliamente discutidas y el fallo *Thouret-Noroy* del 18 junio de 1935 intentó poner fin a estas discusiones decidiendo que tal responsabilidad tenía un fundamento delictual; sin embargo, este fallo solo tuvo un interés histórico ya que las grandes críticas doctrinales que se alzaron en su contra obligaron a un nuevo pronunciamiento. Fue así a través del fallo *Mercier* del año 1936 que la Corte de Casación de ese país, otorgó a esta responsabilidad un fundamento contractual⁵³, derrotando de este modo al criterio extracontractual reinante en esa época, que fundamentándose en el carácter intelectual de dicha actividad, afirmaba que un contrato entre el médico y su paciente, estaría afectado de nulidad por recaer sobre derechos de la personalidad⁵⁴.

El citado fallo *Mercier* prescribió que entre el médico y su cliente se formaba un verdadero contrato y la violación incluso involuntaria de esta obligación contractual era sancionada con una responsabilidad de la misma naturaleza, es decir, igualmente contractual.⁵⁵ La decisión no introdujo ninguna distinción según la naturaleza del acto médico realizado, exigiendo la culpa como requisito para establecer la responsabilidad del médico en todos los casos.

Tan pronto como se confirmó la naturaleza contractual de la responsabilidad médica, la jurisprudencia se vio obligada a decidir si la obligación que pesaba sobre el profesional era de medios o de resultado. A favor de la primera solución, se podían hacer valer los riesgos de la profesión médica; en consecuencia, a partir de este momento, la Casación francesa hizo

52 Capitant, Henri, Terre, François & Lequette, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa*. Tomo II. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional Ltda., 2005. p. 124.

53 Sargos, Pierre. *Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins. Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*. Paris: Dalloz, 2002. pp. 375 ss. Guéniot, Maurice. Aspects nouveaux de la responsabilité du médecin. *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*. Paris: s.e., 1968. p. 24. Jourdain, Patrice. Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin. *Resp. Civ. et Assur., Hors-Série*. No. 7-8 (1999); p. 4.

54 Lorenzetti. Op. cit., p. 5.

55 Capitant, Henri, Terre, François & Lequette, Yves. Op. cit., pp. 121 ss.

la primera aplicación jurisprudencial de la célebre distinción desarrollada por Demogue⁵⁶, según la cual, la obligación nacida del médico se considera de medios y no de resultado.

En esa oportunidad dijo así la Corte:

Entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que comporta, para el médico, el compromiso, si bien no de curar al enfermo, ... al menos de procurarle los cuidados médicos (asistencia médica), pero no cualquier cuidado, ... sino cuidados concienzudos, atentos y, salvo circunstancias excepcionales, conformes a los datos adquiridos de la ciencia.

Si bien en este fallo no se califica *expressis verbis* la obligación de asistencia médica como una “obligación de medio”, se estima que sí contiene toda la sustancia de dicha distinción. El fallo *Mercier* se ha considerado, indiscutiblemente, como el punto de partida de la historia jurisprudencial e institucional de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado.

Alrededor de esta posición, se afirma que la modificación profunda sufrida con este fallo, debe en gran parte su posibilidad técnica a dicha distinción, pues ofreció la solución del problema al cual los juristas se enfrentaban para contractualizar la relación médico-paciente, es decir, la imposibilidad de poner a cargo del médico la presunción de responsabilidad que pesaba sobre el deudor contractual. La materia médica se convirtió así en el laboratorio de experimentación privilegiado de esta nueva clasificación de las obligaciones⁵⁷.

Por otra parte, algunos autores manifiestan que si bien la maniobra *Mercier* había llevado a instalar la actividad médica en la esfera contractual, gracias a la distinción entre las obligaciones de medios y resultado, ello era un simple cambio de etiquetas (calificar de contractual una materia calificada siempre como delictual) pues en nada se modificaba el régimen inicial, en la medida que por ambas vías se llegaba a la misma conclusión: la víctima debía probar la culpa⁵⁸.

56 En estricto sentido, la paternidad de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado pertenece a Demogue solo en cuanto a la terminología, ya que muchos años antes tal distinción había sido formulada por la doctrina alemana (inicialmente Bernhöft, luego Fischer) y de ahí había pasado a la doctrina italiana (OSTI), donde fue acogida sin mucho vigor en contraste con el singular éxito que luego obtuvo en la doctrina francesa. Para una profundización, Mengoni. Luigi. *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico). III. Op. cit., pp. 305 ss.

57 Bellissent, Jean. *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*. París: LGDJ, 2001. pp. 414 ss.

58 *Ibid.*, p. 414.

Gracias a la influencia recibida luego de la emanación de este elocuente fallo *Mercier*, nuestra Corte Suprema de Justicia optó también por consagrar, a través del fallo de Casación del 5 de marzo de 1940⁵⁹, a título de regla general, la naturaleza contractual de la responsabilidad médica, declarando:

Entre el médico y el enfermo interviene, por regla general, un contrato sobre prestación de servicios profesionales de aquel a éste, y del contenido del pacto se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro.

Sin bien en el evento, la responsabilidad del médico que aplicó un líquido en el ojo izquierdo de su paciente, quien luego de 4 días presentó una infección blenorragica y posterior enucleación, no fue declarada en razón a que la relación de causalidad no había sido probada y brillaba por su ausencia la prueba pericial que resultaba indispensable en estos asuntos donde se discutían aspectos propiamente técnicos, la Corte señaló sin embargo que, por regla general, entre el médico y el enfermo intervenía un contrato sobre prestación de servicios profesionales, contrato que por regla general era verbal y que comprometía al médico en el cumplimiento de una obligación de medios.

A partir de esta decisión, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia ha sido unánime en aceptar que el contrato de servicios profesionales implica para el médico el compromiso “si no exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia”, por lo tanto, el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo⁶⁰.

Se destaca cómo la jurisprudencia colombiana ha acogido los postulados del fallo *Mercier*, cuando insiste que la naturaleza de los cuidados médicos no es cualquiera⁶¹, pues al contrario, debe tratarse de cuidados “concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia”. En efecto, el médico debe realizar su actividad con mucho cuidado y atención necesaria

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940. Op. cit., pp. 116 ss.

60 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 septiembre 1985. Op. cit., pp. 407 ss. En similar sentido, entre otros, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 noviembre de 1986. Op. cit.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 septiembre 1998, n. 5143. M. P. Pedro Lafont. G. J. CCLV, II sem. de 1998, pp. 491 y ss; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 mayo de 1990, exp. 772468. M. P. Eduardo García; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 abril 2001, exp. 6436. M. P. Jorge Santos; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001. Op. cit.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 septiembre 2002, exp. 6430. M. P. José Ramírez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 septiembre 2002, exp. 6143. M. P. Nicolás Bechara.

61 Autores colombianos recuerdan que “estos cuidados deben ser de calidad: eficaces, seguros, económicos y confortables”. Vallejo. Op. cit., p. 51.

(cuidados concienzudos), de igual modo debe otorgar servicios de manera diligente y cuidadosa (cuidados solícitos), colocando al paciente en las mejores condiciones de tratamiento (cuidados atentos) y finalmente, se estima la exigencia de una formación continua que le permita al profesional tener al día sus conocimientos y estar al tanto de los tratamientos novedosos, pues es menester exigirle cuidados adaptados al momento en que son prodigados, condenando de este modo cualquier actitud de inmovilismo en oposición al progreso de la ciencia (cuidados conformes a los datos adquiridos por la ciencia)⁶².

Llegados a este punto del estudio, es decir, a la consagración de la naturaleza contractual de la responsabilidad civil médica en Colombia, es preciso ahora hacer una breve referencia a la discusión existente acerca de la calificación o naturaleza de dicho contrato, pues a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en Francia con el denominado *contrato de arrendamiento de obra*⁶³, el sistema colombiano se ha movido a través de diversas tendencias doctrinarias surgidas al respecto.

Para revisar este punto se remite al importante y completo análisis que en esta materia realizó Carlos Ignacio Jaramillo⁶⁴, ex Magistrado de la honorable Corte Suprema de Justicia. En su estudio, el autor retoma las distintas teorías que a lo largo de los años han sido desarrolladas, entre ellas, la teoría del mandato, el arrendamiento de servicios, el contrato de obra, de trabajo, la teoría del contrato atípico y finalmente la del contrato multiforme.

Si bien, la de mayor usanza internacional es aquella que califica como *arrendamiento de servicios inmateriales* al contrato que disciplina la relación médico-paciente⁶⁵, pues en aquella figura lo que predomina es la inteligencia sobre la mano de obra, el citado estudio enfatiza en la adopción de la teoría del “*contrato multiforme*” (denominado también contrato de contenido variable, proteiforme o multiforme) que realizó la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos.

62 Vallejo. *La responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 55. J. Suescún. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, Bogotá, I, Legis, 2004, p. 398.

63 Artículo 1710 del Código Civil francés: El arrendamiento de obra es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer cualquier cosa para otro, mediante un precio convenido entre ellas.

64 Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, cuarta reimpresión actualizada jurisprudencialmente, 2008, pp. 94 ss.

65 Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica*. Op. cit., pp. 143 ss.

En el evento dijo:

Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios [...], o un contrato al que se le aplican las normas del mandato [...], o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato “*multiforme*” o “*proteiforme*”, o “*variable*”, es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos por la ley: arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato, de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere “*sui generis*”, como lo califica otro sector doctrinal, inclusive la Corte cuando... predicó, sin hacer calificación o clasificación alguna, que al contrato médico de prestación de servicios profesionales le eran aplicables “*las normas del título XII del libro cuarto del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...*”, pues como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 5 de marzo de 1940, no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, así como la apreciación de la culpa del médico⁶⁶.

De acuerdo con Carlos Ignacio Jaramillo, quien adhiere a esta figura del contrato multiforme y cuya posición es compartida por otros autores⁶⁷, esta teoría no excluye una específica modalidad contractual, por lo tanto, para establecer el tipo contractual pertinente, resulta necesario conocer la intención de las partes de la relación negocial, la cual “no es siempre simétrica” si se tiene en cuenta la gran variedad de especialidades que existen o la multiplicidad de las dolencias y preocupaciones de los pacientes.

De este modo, con la figura del contrato multiforme no se denota la existencia de varios contratos, sino que al contrario, lo que se pretende es analizar cada relación en concreto, por lo tanto, solo habrá un negocio que depende de la voluntad de las partes, excluyéndose no solo toda forma de concurrencia o simultaneidad, sino además, toda forma de radicalización dogmática o generalización *ab initio* que termine por unificar todas

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001. Op. cit.

67 Parra. Op. cit., p. 10. Ramírez, José. Estado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el campo de la responsabilidad médica. Responsabilidad civil y patrimonial del Estado derivada de la administración y prestación de servicios de salud (profesional e institucional). Bogotá: Sideme – Temis, Tomo I, 2003. p. 86.

las relaciones dentro de uno cualquiera de los esquemas contractuales tradicionales. En efecto, según esta teoría “El problema se reduce, entonces, a determinar, caso por caso, cuál es el esquema contractual más apropiado para cada situación”⁶⁸.

Finalmente es de anotar que en los últimos años se observa que la discusión relacionada con la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos no ha sido el centro de atención de la jurisprudencia de la Corte, la cual ha concentrado sus esfuerzos en el debate de otros aspectos importantes que gravitan alrededor de la responsabilidad civil médica, al punto que hay quienes afirman que esta discusión ya ha sido superada, entendiendo que no es tan importante clasificar de una u otra manera el contrato, sino más bien establecer con claridad el alcance de sus prestaciones⁶⁹.

1.2.2. NATURALEZA EXTRA CONTRACTUAL

La declaratoria como principio general de la naturaleza contractual de la responsabilidad civil médica operada a través del citado fallo promulgado por nuestra Corte Suprema de Justicia el 5 de marzo de 1940⁷⁰, puede desde luego ser objeto de excepciones, es decir, no se excluye que en determinadas hipótesis la responsabilidad del médico se torne extracontractual, por ejemplo, cuando el médico con el fin de preservar la vida de una persona, la interviene en estado de absoluta inconsciencia, generada a raíz de un accidente de tránsito, con lo cual la intervención opera sin que intervenga su declaración de voluntad o consentimiento, ausencia ésta que impide el surgimiento de un contrato. Igualmente, se estima de naturaleza extracontractual aquella responsabilidad que es reclamada por el heredero del paciente, con el fin de que se le indemnice un perjuicio personal *iure proprio*, como por ejemplo, la pérdida de la ayuda que recibía del paciente fallecido⁷¹.

De este modo, se estima que por excepción la responsabilidad civil médica es de naturaleza extracontractual; en consecuencia, a continuación nos limitaremos a esbozar algunas otras hipótesis que podrían campear en el marco de responsabilidad extracontrato y que han sido analizadas a partir de la doctrina⁷²:

68 Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica*, 2002. Op. Cit., pp. 129-138. Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica*, 2008. Op. cit., p. 137.

69 Parra. Op. cit., p. 10.

70 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940. Op. cit., pp. 116 ss.

71 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 14 octubre 1959. Op. cit., p. 758.

72 Penneau, Jean. *Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*. Op. cit., p. 1. Penneau, Jean. *La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance*. Rev. Int. Dr. Com. P. No. 2 (1990); p. 528. Penneau, Jean. *La responsabilité du médecin*. Paris : Dalloz, 3a Ed., 2004. p. 13. Savatier,

Respecto del paciente:

- (a) Cuando el contrato es nulo por ilicitud del objeto. Por ejemplo, una experimentación peligrosa sin objetivo curativo como aquella en la cual se practica una mutilación inútil; cuando el acto médico es practicado contra la voluntad del paciente; o cuando el médico ha rechazado la asistencia a un enfermo en peligro inmediato.
- (b) Cuando el daño ha sido causado luego de terminado el contrato. Por ejemplo, cuando la toma de sangre ha terminado en condiciones normales, se considera que el contrato que liga el enfermo con el laboratorio termina y la responsabilidad eventual del laboratorio por la caída del paciente, se considera de naturaleza delictual.
- (c) Cuando la relación existente entre el médico y el paciente deriva de una reglamentación legal o administrativa. Por ejemplo, aquella que se da en el marco de la medicina del trabajo. En este caso se estima que la ausencia de la posibilidad de escoger el médico por parte del trabajador paciente sobre quien el control médico es además obligatorio, excluye cualquier acuerdo de voluntad, además debe considerarse que esta relación se suscita con ocasión del cumplimiento por parte del empleador de una obligación legal.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el sistema de responsabilidad civil médica se inserta, como principio general, en el marco del régimen subjetivo, en el cual la culpabilidad (en sus dos vertientes dolo o culpa) constituye un requisito indispensable para su declaración. En consecuencia, independientemente de la naturaleza de la responsabilidad (contractual o extracontractual), la culpa en algunos casos se presume y en otros debe probarse.

Así, en el ámbito contractual, cuando está de por medio una obligación de medios, se estima que la culpa debe probarse y al contrario, cuando el compromiso adquirido lo constituye un resultado específico, la culpa se presume. En el ámbito extracontractual, en cambio, de acuerdo con el régimen común, la culpa debe probarse en los eventos de responsabilidad por el hecho propio (artículo 2341 C.C.) y se presumirá en el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno (artículo 2347 C.C.). Como se observará más adelante, el sistema de responsabilidad de las instituciones de salud de

Rene et ál. *Traité de droit médical*. Paris : Librairies techniques, 1956. p. 288. Jourdain, Patrice. Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin. *Op. cit.*, p. 5. Moatti, Laurence. En l'absence de faute du médecin, n'existe-t-il pas un préjudice ? *Gaz. Pal.* (2o sem. 1988); p. 674.

carácter privado, ha sido enmarcado en el régimen de responsabilidad por el hecho propio o responsabilidad directa⁷³, descartándose la aplicación del esquema probatorio propio de la responsabilidad indirecta.

Por otra parte, en lo atinente al régimen de responsabilidad extracontractual consagrado en el artículo 2356 del C.C., la doctrina de la Corte Suprema ha manifestado, desde el año 1942, que con relación a la responsabilidad extracontractual del médico queda descartada la posibilidad de aplicar dicha normativa en la medida que regula el ejercicio de una actividad peligrosa, en consecuencia, dado que la labor médica está muy lejos de poder asimilarse a una actividad de esa estirpe, mal podría darse aplicación a la presunción de culpa que la misma consagra⁷⁴.

En efecto, la postura es actualmente unánime al considerar que la actividad médica no es una actividad peligrosa. Al respecto, se han expresado varios argumentos para darle peso a esta posición⁷⁵, entre ellos, emerge el de considerar que la filosofía de la responsabilidad por actividades peligrosas es contraria a la de las actividades médicas, pues si bien estas últimas entrañan riesgos para el paciente, su esencia se encuentra radicada en su noble finalidad altruista, que antes que causar un daño pretende preservar la vida del ser humano.

1.2.3. LA RESPONSABILIDAD INHERENTE AL EJERCICIO MÉDICO DENTRO DE UN ESTABLECIMIENTO PRIVADO

Como antes se indicó, la ciencia jurídica acepta dentro de un criterio mayoritario que la responsabilidad del médico es, por regla general, de estirpe contractual, es decir, que su fuente se ubica en el negocio jurídico. Por lo tanto, dentro del marco de esta tendencia contractualista, dicha naturaleza ha sido reconocida no solo para los eventos en los que el paciente contrata directamente con su médico, v. gr. cuando acuerda los servicios particulares de un cirujano estético, sino además, en aquellas hipótesis en las que el paciente contrata con una clínica o centro hospitalario.

No existe inconveniente alguno en aprobar que cuando el paciente contrata con la persona jurídica, la responsabilidad de esta última es de naturaleza contractual. Sin embargo, ¿qué clase de responsabilidad se predica del profesional negligente en aquellos eventos en los que presta sus servicios

73 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 mayo 2005, exp. 14415. M. P. Jaime Arrubla.

74 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001. Op. cit.

75 Jaramillo, Carlos. *Derecho privado. Estudios y escritos de derecho patrimonial*. Tomo IV. Responsabilidad civil. Vol. 2. Bogotá: Universidad Javeriana-Ibáñez, 2014. pp. 807 ss. Lorenzetti. Op. cit., p. 286.

como dependiente o contratista de la Institución con la que su paciente ha contratado?

Para esta circunstancia en concreto, anteriormente la jurisprudencia estimaba que la responsabilidad del médico era de naturaleza extracontractual, pues el único contrato existente en este caso era el que se celebraba entre la clínica y el paciente; sin embargo, esta postura fue luego superada y actualmente se considera que la responsabilidad del médico en este evento también es de índole contractual.

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia⁷⁶, cuando al analizar como problema jurídico el tipo de responsabilidad que se le puede imputar al autor material del daño que funge de agente (ejecutor material) en el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por otra persona (en este caso la clínica), que sería el deudor principal, concluyó que la responsabilidad es de naturaleza contractual y no extracontractual.

Para llegar a esta conclusión la Corte manifestó que la atribución de la responsabilidad contractual al tercero (médico) que ejecuta materialmente la prestación de la obligación contractual del primigenio deudor (clínica), se explica por la estructura de la relación obligacional que se genera, la cual se caracteriza por la unidad de objeto de la prestación, es decir, identidad entre el compromiso adquirido por la clínica y el compromiso del médico quien con la aquiescencia del paciente procede a la ejecución del tratamiento, en su calidad de agente o sustituto.

En consecuencia, estima la Corte que si el origen, el objeto y la ejecución de la obligación son el mismo, se debe predicar una identidad de tratamiento jurídico de la responsabilidad, pues aunque el principio de la relatividad de los contratos, excluiría en principio la responsabilidad del médico ajeno a la contratación que operó entre la clínica y el paciente, para ubicarla en el ámbito extracontractual, lo cierto es que la persona jurídica responde directamente por el incumplimiento del contrato y el médico responde como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional.

En este orden de ideas, se puede concluir que la responsabilidad inherente al ejercicio médico dentro de un establecimiento privado es de naturaleza contractual y responde bajo esta unidad de fundamento tanto la clínica de manera directa como el médico en su calidad de ejecutor material del acto.

76 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 septiembre 2002. Op. cit.

Como consecuencia de esta postura de la jurisprudencia nacional, el sector de la doctrina favorable a la conservación de la dualidad de los sistemas contractual y extracontractual de responsabilidad, concluye que esta hipótesis afianza la denominada contractualización de la responsabilidad médica a través de la expansión de su campo de acción⁷⁷.

Por este mismo camino, otros autores destacan que el recorrido observado por la responsabilidad civil médica puede describirse como una parábola evolutiva que va desde la responsabilidad del médico hasta la responsabilidad sanitaria, pasando a través de la responsabilidad médica. Esta línea evolutiva ha permitido superar la antigua visión circunscrita a la relación personal médico-paciente y referirse a la multiplicidad de relaciones que vinculan al paciente con la compleja organización de la estructura sanitaria. Esto significa que la prestación sanitaria se refiere no solo a la tradicional relación médico-paciente, sino también a aquella relación que se genera entre la estructura sanitaria y el paciente y entre el médico y la administración hospitalaria, relaciones todas estas que generan un sinnúmero de problemas jurídicos que ameritan respuestas.

Desde esta perspectiva, también en otros sistemas observan cómo la relación médico-paciente ha sido objeto de un proceso de contractualización, el cual ha conllevado a que el centro de gravedad e interés se haya trasladado hacia un esquema resarcitorio fundado en la relación contractual que cobija no solo al vínculo particular entre el médico y el paciente, sino también, a la relación que, como lo analizamos, se genera entre el paciente y el médico que trabaja en una estructura sanitaria y además a la que se forma entre el paciente y la propia entidad hospitalaria⁷⁸.

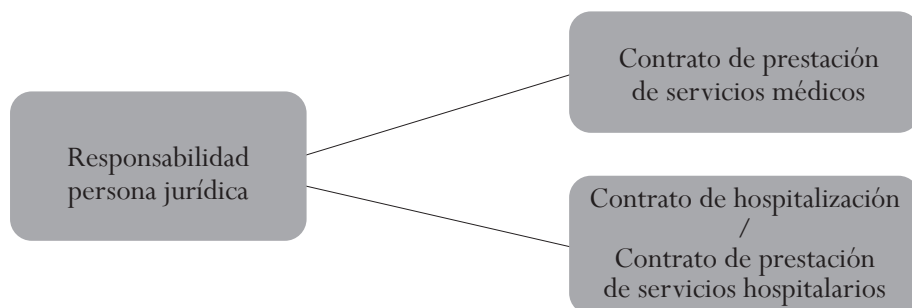
En vista de la evidente expansión de la contractualización de la responsabilidad civil médica, que ha acaecido no solo en el ámbito nacional sino foráneo, sería necio insistir en la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del médico agente de la estructura sanitaria⁷⁹, no solo porque, como se verá a continuación, las brechas de dicha dicotomía se han venido cerrando en materia de responsabilidad civil médica, además porque la unidad de los vínculos dados entre el contratante inicial, el acreedor y el ejecutante material de la prestación permiten esta transformación y finalmente, porque no debe desconocerse la simplificación de las reglas que la postura trae consigo.

77 Jaramillo, Carlos. *Derecho privado*. Op. cit., p. 785.

78 Fresa, Riccardo. *La colpa professionale in ambito sanitario*. Torino: Utet, 2008. p. 393.

79 Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica*. Op. cit., p. 210.

Ahora bien, retornando al análisis inicial relacionado con la responsabilidad inherente al ejercicio médico dentro de un establecimiento privado, resulta imperioso hacer una breve referencia con respecto a que la responsabilidad de estas instituciones de salud, puede quedar comprometida, no solo con ocasión de la ejecución del contrato de asistencia médica del que hemos venido hablando, sino también, del denominado contrato de hospitalización o contrato de prestación de servicios hospitalarios, como últimamente se le denomina.



Alrededor del contrato de hospitalización o contrato de prestación de servicios hospitalarios surge una polémica relativa a la denominada obligación de seguridad, como veremos a continuación.

El origen de la obligación de seguridad se remonta a finales del siglo XIX en la legislación francesa sobre accidentes de trabajo. Sin embargo, la doctrina general considera que esta obligación nace con el célebre fallo del 21 noviembre 1911 (Compañía general Transatlántica vs. Zbidi Hamida Ben Mahmoud), en el cual la Corte Casación francesa descubrió en el contrato de transporte de personas junto a las obligaciones principales, una obligación determinada de conducir al pasajero sano y salvo a destino. Según su criterio se trataba de una obligación tácitamente incluida en el contrato, con carácter general y accesorio en ciertos contratos, con el objeto de preservar a las personas contra los daños que pudieran originarse con la ejecución del contrato. Esta figura ha sido objeto de estudio por los *iuris* laboristas, donde la seguridad del trabajador ha ganado vital importancia en las últimas décadas⁸⁰.

80 Vázquez, Roberto. *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de contrato de trabajo*. Rosario: Editorial Vélez Sarsfield, 1988, p. 105.

El ámbito de aplicación de la obligación de seguridad ha ganado día a día mayor cobertura, debido a que su empleo se ha convertido en el camino por el cual se llega a la reparación de supuestos específicos de daños, como por ejemplo, el ámbito que nos ocupa, esto es, el de la responsabilidad de médicos y establecimientos asistenciales.

En efecto, se trata de un supuesto específico de obligación de origen 'contractual', donde la idea de la obligación de seguridad nace como un elemento más en la ampliación de la teoría general de la reparación y como una nueva solución tendiente a lograr la plena indemnización de un daño injustamente causado. En este sentido, Vásquez Ferreira, define la obligación de seguridad como "aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o en sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación con base al principio de buena fe"⁸¹.

Esta posibilidad de que la obligación de seguridad pueda surgir en forma tácita a través de una interpretación del contrato a la luz del principio de buena fe (obligación de seguridad tácita), es el supuesto que más ha inquietado a la doctrina y a la jurisprudencia, pues de esta forma, aunque las partes no lo hayan contemplado expresamente, surge a cargo de una de ellas la obligación de velar por la integridad de la persona y de los bienes del otro contratante. De esta manera, se entiende que las partes no deben limitarse a lo que formal y expresamente hayan convenido, sino que la naturaleza misma del contrato les impone el deber de vigilar por la seguridad del otro contratante.

Alrededor de esta reflexión se considera que siendo el principio de la buena fe una pauta reguladora de la relación contractual, este criterio puede aplicarse incluso a la relación contractual que surge en el marco de la prestación de servicios médicos. En efecto, la ejecución de esta relación jurídica, coloca al profesional en una estrecha conexión con el derecho fundamental a la salud del paciente, por lo que se estima que el incumplimiento o el cumplimiento inexacto de la prestación puede originar un peligro particular para este bien. Señala así Adriano de Cupis:

Admitido que la curación de la salud personal del paciente constituye físicamente el objeto de la obligación del sanitario, debe precisarse que entra en la esfera típica de la obligación del cirujano, aparte de emplear

81 Vásquez. *Ibid.*

toda la diligencia y la pericia necesaria en la operación encaminada a un determinado fin clínico, desarrollar además todas las medidas necesarias para evitar que en el ejercicio de la referida operación surjan peligros para la salud del paciente de naturaleza diferente de aquellos que la operación se propone hacer desaparecer⁸².

Ahora bien, en cuanto al carácter de accesorio o no de la obligación de seguridad, la Corte Suprema de Justicia estima que del contrato surgen deberes jurídicos de distinta naturaleza y alcance, dirigidos, por regla general, a la satisfacción de los intereses del co-contratante, algunos de ellos corresponden a los denominados deberes primarios y otros a los deberes secundarios. Por lo tanto, en relación a este deber en específico, la Corte manifiesta lo siguiente:

Los denominados deberes de prestación, deberes primarios u obligaciones nucleares, ... corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor atendiendo lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento consagre para el respectivo tipo negocial, y, por otra, los denominados **deberes secundarios, accesorios o colaterales de conducta**, que se integran al contenido contractual por virtud de la buena fe objetiva (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.), con el fin de que, con fundamento en criterios de corrección, honestidad y probidad, el deudor, a pesar de no haberlo pactado expresamente, realice lo que sea indispensable para la satisfacción y protección del interés del acreedor (*v.gr.* deberes de reserva, **seguridad**, información..., entre los más relevantes).

Alrededor de este carácter accesorio o principal del deber de seguridad, existe una discordancia doctrinal. Por una parte, están quienes estiman que se trata de una obligación accesorio, como acabamos de señalarlo; pero, por otra parte, hay quienes piensan lo contrario. Gabriel Stiglitz, por ejemplo, considera que esta obligación no tiene un carácter accesorio. Señala así el autor:

Ello no implica que el deber de seguridad sea accesorio. Por el contrario, se ubica por encima de todos los demás, desde que su transgresión implica la vulneración de derechos y garantías reconocidos constitucionalmente (vida, salud, integridad psicofísica, etc.), y cuya salvaguarda mal puede considerarse motivante de una pretensión secundaria, en cuanto es

82 De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Trad. a la 2ª ed. Martínez Ángel. Barcelona: Bosch, 1975, p. 159.

presupuesto ineludible para el goce del interés mismo en la prestación principal⁸³.

En el ámbito específico del derecho privado, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en torno al contrato de hospitalización o de prestación de servicios hospitalarios y la obligación de seguridad que de él deriva, manifestando que en esta clase de contratos existe la obligación de garantizar la seguridad personal del enfermo y de adoptar todas las medidas necesarias para que él no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención prestada por el establecimiento hospitalario.⁸⁴

De tal suerte que la alta Corporación ha estimado que:

La obligación de seguridad debe entenderse como aquella por la cual una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o a sus bienes- al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte; pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto, a través de un entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe que consagran con notable amplitud los artículos 1501 y 1603 del Código Civil⁸⁵.

En el año 1985, La Corte delimitó la obligación de seguridad del siguiente modo⁸⁶:

- En virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asumiría frente al enfermo una obligación de seguridad que le impondría la obligación de evitar que le ocurrieran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato. La obligación de seguridad debería ser suministrada de manera general por cualquier establecimiento de salud y en tal entendido, se tendría como una obligación de la naturaleza del contrato de hospitalización.
- Empero, afirmó en ese entonces la Corte, como el contrato de hospitalización contiene otras obligaciones que no son ni de la esencia,

83 Citado por Vásquez. *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de contrato de trabajo*. Op. cit., p. 107.

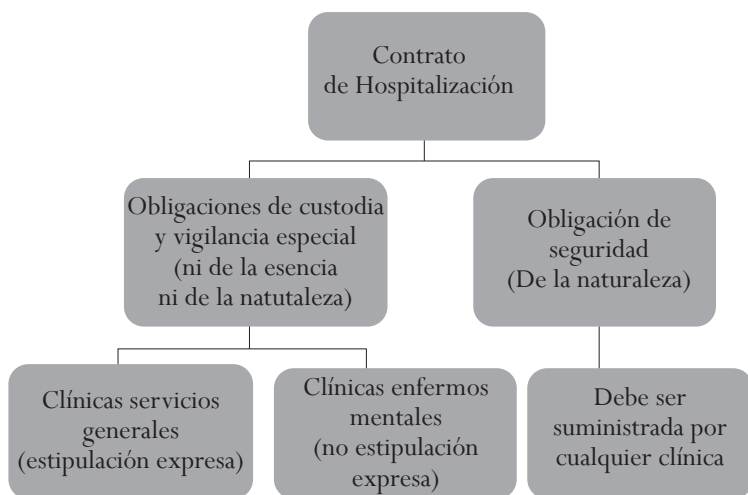
84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 septiembre 1998. Op. cit.

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1 febrero 1993, M. P. Carlos Jaramillo. G. J. CCXXII.

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 septiembre 1985. Op. cit. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1 febrero 1993. Op. cit.

ni le pertenecen por su naturaleza, entre ellas, se encontrarían las obligaciones de custodia y vigilancia especial. Sin embargo:

- Si se trataba de centros psiquiátricos o geriátricos, se entendía que la obligación de seguridad comprendía la de custodia y vigilancia, por lo cual, al entenderse pactada, no requería de estipulación expresa.
- Al contrario, si se trataba de clínicas que prestaran servicios generales y se requería de custodia o vigilancia especial por causa de los padecimientos del enfermo (ej. Contar con enfermera permanente), el contrato de hospitalización requeriría allí sí de estipulación expresa respecto de ello.



Si bien esta fue la delimitación que realizó la Corte en el año 1985, observando las posteriores providencias, podría estimarse que la misma ha caído en desuso en tanto que ya no se genera esta discusión en torno a la naturaleza de los servicios prestados por las instituciones de salud y su vínculo con los deberes de seguridad, vigilancia, custodia y protección. Las sentencias de casación del 13 de septiembre de 2013⁸⁷ y del 7 de julio de 2016⁸⁸, por ejemplo, sin hablar ya del contrato de hospitalización sino del contrato de prestación de servicios hospitalarios, señalan que:

87 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 septiembre de 2013, M. P. Arturo Solarte. Fallo que casó la decisión del Tribunal y ordenó pruebas de oficio.

88 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 julio de 2016, M. P. Álvaro Fernando García. Providencia que en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo del 13 septiembre 2013, emitió sentencia sustitutiva.

En tratándose del **contrato de prestación de servicios hospitalarios**, debe señalarse que, en general, las instituciones prestadoras de servicios de salud habilitadas para el efecto, deben brindar a los pacientes el cuidado que estos requieran en materia de prevención, diagnóstico, tratamiento y recuperación de su estado de salud. Igualmente, que, como se trata de una actividad altamente regulada y que se encuentra sometida a supervisión estatal, las entidades que ofrecen dichos servicios quedan sometidas al cumplimiento de deberes de distinta naturaleza y alcance, en forma adicional a aquellos que se convengan libremente entre los contratantes. Forma parte del elenco de deberes jurídicos que adquiere quien se compromete a prestar servicios hospitalarios, el denominado **deber de seguridad**, en virtud de la cual, en la conceptualización inicial que de él realizó esta Corporación, el centro asistencial debe *“tomar las medidas necesarias para que [su co-contratante] no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento”* (negrillas fuera de texto).



Con esta última postura asumida por la Corte Suprema, habría que subrayar que en esta materia de la obligación de seguridad, se estaría superando la clásica oposición que se evidenciaba entre los preceptos desarrollados por la Corte Suprema de Justicia y los desarrollados por el Consejo de Estado⁸⁹. En efecto, en síntesis, la posición del alto Tribunal de lo contencioso administrativo, ya no difiere dentro de su concepción de fondo del actual criterio de la Suprema Corte de Justicia, por las siguientes razones:

89 Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Ibáñez, 4ª ed., 2010. p. 527. Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 septiembre 2000, exp. 11405, CP. Ariel Hernández.

- El Consejo de Estado defiende un conocimiento unívoco de la obligación de seguridad, es decir, considera que la obligación de seguridad es una sola, y por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como la protección, el cuidado, la vigilancia y la custodia, circunstancia por la que todas las instituciones deben contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a la seguridad del paciente (ej. iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud, entre otros).
- Considera, igualmente, que la separación entre “obligación de seguridad” y “obligación de custodia y vigilancia” es problemática, pues crea dificultades en la fijación de la responsabilidad. La obligación de seguridad no puede separarse de la obligación de custodia y vigilancia, ni puede predicarse que a ella estén obligadas determinadas instituciones o por ciertas patologías.
- Juzga que la seguridad, la vigilancia y la protección están coligados de forma inescindible. En consecuencia, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes.
- Estima que la obligación de seguridad debe comprender parámetros de vigilancia y protección de usuarios, que redunden en la prevención de eventos adversos causados incluso por actos de terceros (ej. En los casos de robo de recién nacidos, atentados perpetrados por sicarios al interior del establecimiento, entre otros).



Por otra parte, en aras de determinar la naturaleza de la obligación de seguridad, es decir, si se trata de una obligación de medios o de resultado, nuestra Corte Suprema de Justicia, ha asumido que dicha obligación de seguridad puede, según el caso concreto, manifestarse en una u otra modalidad.

Si se trata de una obligación de prudencia y diligencia, encaminada a evitar la ocurrencia de cualquier percance, incumbe a la víctima demostrar que el demandado desatendió el deber a su cargo y, por causa de su negligencia o imprudencia, causó el daño alegado por aquella. Por su parte, si se trata de una obligación de resultado, donde el compromiso consiste en evitar que el paciente sufra cualquier accidente en el cumplimiento del contrato que lesione su persona o sus bienes, salvo, claro está, los originados por una causa extraña, en esta hipótesis, haciendo aplicación del derecho común, se presumirá la culpa del demandado, quien podrá desvirtuar dicha presunción demostrando el acaecimiento de una causa extraña.

Sin embargo, cuando ni las partes ni la ley han determinado el alcance de la prestación, se estima que hacer dicha diferenciación resulta complejo; en consecuencia, para lograrlo la Corte habla de la posibilidad de tomar en consideración diversos criterios, a saber:

- En primera medida, se habla del criterio de *“aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor”*, conforme al cual, la obligación de seguridad se considerará como un deber general de prudencia en aquellas hipótesis en las que la conducta del deudor se orienta a la *“satisfacción de un interés de obtención incierta”*, es decir, cuando la consecución del desenlace deseado por el acreedor no depende ordinariamente, ni de manera exclusiva de la diligencia del deudor, debido a la frecuente intervención de factores de distinta estirpe que se escapan a su control. Al contrario, cuando son mínimas las circunstancias aleatorias que pueden frustrar el propósito anhelado por el acreedor, se considera como un *“riesgo despreciable”* que permite atribuirle al deudor una obligación de seguridad determinada o de resultado⁹⁰.
- Por otra parte, se habla de otra pauta, ligada a la anterior, denominada como la *“participación más o menos activa del acreedor en el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor”*, según la cual, si se estima que el acreedor juega un papel eminentemente pasivo en los hechos, es posible calificarla obligación de seguridad como obligación determinada o de resultado.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 octubre de 2005. M. P. Pedro Munar.

Al contrario, si interviene activamente, dado que disminuye el poder de control del deudor, se podría estar ante una obligación genérica de prudencia o diligencia.

En tal entendido, cuando el paciente no ha desempeñado función activa alguna en la producción del daño, la obligación de seguridad constituirá una obligación determinada o de resultado, mientras que en la hipótesis contraria, o sea cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio, al establecimiento deudor tan solo le es exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte⁹¹.

En este orden de ideas, podrán encontrarse eventos en los que el paciente confía enteramente su cuerpo al centro clínico u hospitalario en el cual se interna o al que encomienda la práctica de diversos exámenes, y para cuya realización queda notoriamente reducida su libertad de obrar y, en consecuencia, es mínima o nula su intervención activa en los actos que al efecto ejecuta el establecimiento, en este caso la jurisprudencia estima que se podría inferir que la entidad asumió compromiso de evitar que el paciente sufriera cualquier accidente; y al contrario, se considera que en algunas ocasiones el usuario ejerce una activa injerencia en los hechos, supuesto en el cual se considera que la obligación de seguridad se concreta en una obligación de medios.

Por otra parte, hay que destacar que, tal como ha sido puntualizado, la obligación de seguridad, no solo se manifiesta en la necesidad de evitar que el paciente sufra accidentes o eventos traumáticos en el curso de la atención médica u hospitalaria, sino también, en garantizar que los distintos aparatos, elementos, instrumentos, insumos, fármacos o materiales que son utilizados para la atención de la enfermedad no causen daños a las personas que son beneficiarias de los servicios de las clínicas u hospitales.

Este constituyó el argumento para que la Corte Suprema, en un caso donde un paciente fue contagiado por el virus del VIH luego de una transfusión sanguínea, procedimiento en el cual, la entidad demandada utilizó una bolsa de sangre que si bien provenía de su proveedor (Banco de Sangre) con el respectivo sello de seguridad, se trataba de un Banco que había perdido su licencia de funcionamiento años atrás; en este evento, la Corte manifestó que los prestadores de los servicios de salud, responden por los “productos”

91 *Ibid.*

que utilicen en el desarrollo de sus actividades y que se puedan considerar como “defectuosos”, por no ofrecer la seguridad que legítimamente pueden esperar los usuarios, por ser este campo donde, por regla general, el deber en comento asume las características de una obligación de resultado⁹².

En este orden de ideas, se puede observar cómo la Corte Suprema cataloga la sangre contaminada como un producto defectuoso, lo cual, lleva al interrogante de sí, en un futuro, la tendencia en esta materia podría variar, hacia la aplicación, en esta materia, de las reglas especiales que el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) trae alrededor de la responsabilidad por productos defectuosos.

1.2.4. ANÁLISIS CRÍTICO EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DUALISTA AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El Código Civil colombiano consagra la dualidad e independencia de los dos regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual. Reconociendo esta dualidad, la doctrina clásica admite diferencias importantes que subyacen a los dos sistemas y que impiden reconocer su identidad por una vía distinta a la intervención legislativa, por ejemplo, en materia de capacidad, de acción procesal, de prescripción, de solidaridad, de prueba, de grado de calificación de la culpa, de extensión de la reparación del daño, entre otros aspectos⁹³. Si bien se estima que la jurisdicción ordinaria, desde su concepción clásica, ha sido respetuosa de la tesis dualista, en la medida que ha reconocido y decidido por separado los eventos de responsabilidad contractual y extracontractual, en el campo específico de la responsabilidad civil médica, desde hace algunos años, como arriba se indicó, se han venido alzando propuestas por una unificación de las reglas en este ámbito o incluso por la apertura de una tercera vía autónoma para esta materia⁹⁴.

Al decir de connotada doctrina⁹⁵, la idea de crear regímenes autónomos, por ejemplo, ya se cristalizó en Francia para el caso de la responsabilidad médica, pues con la promulgación de la reforma sanitaria llevada a cabo en el año 2002, el legislador elaboró un estatuto particular para este tipo de responsabilidad poniendo fin a todas las *diferencias* que se presentaban con anterioridad a la reforma, creando de este modo un régimen *uniforme*,

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 septiembre de 2013. Op. cit.

93 Tamayo, Javier. De la responsabilidad civil. Bogotá: Temis, tomo I, 1999. p. 41. Yong, Samuel. Introducción a la responsabilidad pública y privada. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2ª. Ed., 2012. pp. 73 ss.

94 Fernández, Mónica. *Presente y futuro de la responsabilidad médica. Responsabilidad civil y negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Santo Tomás-Ibáñez, 2011. pp. 444 ss.

95 Viney, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. Paris: L. G. D. J., 2008. p. 659 y ss.

único, útil a todas las víctimas de daños médicos, el cual es aplicable independientemente de que haya o no un contrato entre el médico o el establecimiento hospitalario y el paciente⁹⁶.

Siguiendo con la perspectiva del derecho comparado, en Francia, por ejemplo, desde el año 1936 cuando la Corte de Casación calificó de contractual la responsabilidad del médico, este principio no había sido jamás desmentido; sin embargo, desde los últimos años dicho carácter contractual empezó a ser objeto de varias controversias y parece estar hoy en día en vía de abandono por parte de la jurisprudencia.

En suma, las razones que se esgrimen tienen que ver con la intromisión de la ley en el campo de la relación médico-paciente, en función a proteger los intereses de este último. En efecto, la ley es la que define los derechos del paciente y los deberes del médico, con lo cual se deja poco espacio a la negociación contractual; del mismo modo, el hecho que la obligación de información haya asumido un carácter legal y reglamentario, al parecer ha coadyuvado al abandono por parte de la Corte de Casación del carácter contractual de la responsabilidad médica en lo que concierne al incumplimiento de este deber. Finalmente, se estima que el cambio en la naturaleza de la responsabilidad médica no tiene consecuencias prácticas de importancia en la medida que el plazo de prescripción de la acción fue unificado en 10 años gracias a la última reforma legislativa operada en el sistema de salud de dicho país en el año 2002⁹⁷.

Desde esta perspectiva, la naturaleza contractual está quedando reservada solamente al marco de la relación individual que se gesta entre el médico y su paciente y el resto de relaciones quedan reservadas entonces al campo extracontractual⁹⁸. De este modo, las relaciones existentes entre el enfermo y el personal médico de un establecimiento público y las relaciones con el establecimiento mismo son de naturaleza extracontractual en razón a que los pacientes como usuarios del servicio público están sometidos al estatuto de ese servicio, el cual ningún acuerdo puede modificar⁹⁹.

Por su parte, en Colombia se estima que hoy en día en el derecho en general se evidencia cierta tendencia hacia la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, sustentada entre otras razones, por el aumento

96 Consultar un estudio sobre el alcance y contenido de esta reforma en nuestra obra Fernández, Mónica. La responsabilidad médica. Op. cit., p. 124.

97 Código de Salud Pública, artículo L 1142-28.

98 Penneau, Jean. *Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*. Op. cit., p. 3.

99 Ibid. p. 5.

de la sensibilidad social hacia el valor de la persona y su esfera, el cual propende por el resarcimiento del daño, independientemente de que exista o no un vínculo contractual¹⁰⁰; sin embargo, en el campo de la actividad médica en particular, otro sector considera que esta tendencia no cuenta con una fuerza contundente, dado que en Colombia se está presentando el denominado fenómeno de la contractualización de la responsabilidad, consecuencia del sobresaliente uso que tiene el contrato en la época contemporánea¹⁰¹.

En este orden de ideas y antes de proseguir con la reflexión que anima este acápite, es preciso hacer una breve referencia a algunos aspectos que si bien constituyen la base para la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, para el campo específico de la responsabilidad médica han sufrido modificaciones. Se trata de la prescripción, la carga de la prueba, la extensión de la reparación, la graduación de la culpa y la solidaridad.

En primera medida, al consagrarse la naturaleza contractual como aquella de mayor ocurrencia en el ámbito médico, su distinción con aquella extracontractual ha sido considerada de poca importancia, en razón a que, salvo las obligaciones de resultado, en ambos sectores, la responsabilidad está siempre subordinada a la prueba de la culpa, el daño y el nexo causal por parte del paciente víctima. Por otra parte, es de considerar que la limitación del monto de la reparación al daño previsible no se aplica en materia de responsabilidad médica¹⁰², y además, que cuando la jurisprudencia nacional aceptó la teoría de las obligaciones de medios y de resultado, siendo que en las primeras el demandante debe probar la culpa, cualquiera que ella sea, mientras que en las obligaciones de resultado, el deudor solo se libera mediante la prueba de la causa extraña, con ello se podría apreciar que tácitamente se está condenando la graduación de culpas que consagra el artículo 1604 del C.C., en la medida que dicha graduación para nada cuenta. De acuerdo con Javier Tamayo Jaramillo, en el ámbito de la responsabilidad civil médica el juez procede a condenar únicamente si considera que hubo culpa y al contrario, si estima que no hay culpa absuelve, por lo tanto, en criterio de este connotado autor la jurisprudencia colombiana jamás ha

100 Namén, William. *El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y delictual. Tendencias de la responsabilidad en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad Javeriana-Dike, 2009. p. 459.

101 Jaramillo, Carlos. *Derecho privado*. Op. cit. p. 749 ss.

102 Penneau, Jean. *La responsabilité du médecin*. Op. cit., p. 15. El Art. 1150 del CC francés, al igual que el Art. 1616 del CC colombiano, en materia de responsabilidad contractual, limita la reparación al daño que pudo preverse al momento de la celebración del contrato, salvo que se trate de un incumplimiento doloso, pues en este caso, el deudor deberá resarcir también el daño imprevisible.

aplicado esta graduación, propia del ámbito contractual, a los eventos de culpa médica¹⁰³.

En lo que toca a la solidaridad, las reglas tradicionales también han sufrido una variación cuando de responsabilidad civil médica se trata. En efecto, el artículo 2344 del Código Civil consagra que “si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”. La aplicabilidad de esta norma, que consagra una solidaridad pasiva, tradicionalmente ha sido vinculada a los supuestos de responsabilidad extracontractual, por lo que al no existir en el ámbito contractual una norma que consagre expresamente la solidaridad, se debería entender que esta figura no podría aplicarse en este ámbito, salvo que se hubiese pactado en el contrato. Sin embargo, ello no es así en tratándose de la responsabilidad civil médica, puesto que la Corte Suprema de Justicia a través del fallo que hemos analizado, realizó la siguiente interpretación extensiva del citado art. 2344 del C.C.:

Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad,... la Corporación entiende que ésta nace de la propia ley,... concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del Código Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual... de la otra codemandada. En otras palabras,... la solidaridad... surgió... de la propia ley, o sea el art. 2344... Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de estos con el acreedor, en la forma como quedó averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, lo que permite hacer el predicamento de solidaridad.

Con fundamento en esta interpretación, la Corte abrió la posibilidad de deducir una responsabilidad solidaria de la clínica y el médico que obra como agente de la misma, con la cual el paciente celebra el contrato. Se trata del reconocimiento de la regla prescrita en el artículo 2344 del C.C. como

103 Tamayo, Javier. *Rapport colombien (I). La responsabilité. Aspects nouveaux (Journées panaméennes)*. Paris: L. G. D. J., 2003. p. 247.

un principio general llamado a aplicarse sea en el ámbito contractual como extracontractual.

En su generalidad esta interpretación ha tenido una acogida positiva¹⁰⁴ pues, en efecto, supera la desigualdad que suponía la no aplicación de la norma en el ámbito contractual, sobre todo porque no se encontraba una razón de fondo que justificara el trato diferenciado y además, porque la nueva regla resulta acorde con las modernas tendencias del derecho de la responsabilidad que propugnan por la protección de la persona. Sin embargo, a efectos de realizar una precisión conceptual, se estima que esta interpretación que deriva de la jurisprudencia no consagra una regla de solidaridad pasiva *stricto sensu* sino una obligación *in solidum* o solidaridad *in solidum*¹⁰⁵.

Finalmente, respecto a la duración del término de caducidad de las acciones civiles de responsabilidad, para el caso concreto de la responsabilidad médica, este criterio de distinción tampoco constituye una diferencia real o al menos de fondo, por dos razones. Primero, porque siendo que en materia contractual este evento no se encuentra dentro de aquellos que exigen términos especiales, se aplica el general previsto en el artículo 2536 del Código Civil. Segundo, porque el término especial de prescripción aplicable en el ámbito extracontractual ha quedado reducido al evento consagrado en el artículo 2358 inc. 2 del Código Civil, esto es, a las hipótesis de responsabilidad indirecta; en consecuencia, siendo que el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable al caso es el de la responsabilidad directa¹⁰⁶, tanto para la clínica como para el médico agente de la misma, en este caso se aplica también el término de prescripción decenal consagrado en el artículo 2536 del Código Civil. En consecuencia, al ser la persona moral demandada un agente que incurre en responsabilidad directa y no un “tercero responsable”, la prescripción que regula esta acción es la decenal consagrada en el artículo 2536 del Código Civil.

Sin embargo y aquí nos adentramos en el punto central que alienta este debate, seguramente el lector se preguntará qué pasa con toda esta construcción desarrollada alrededor de la naturaleza de la responsabilidad civil médica, cuando la misma debe ser aplicada al sistema de seguridad social en salud que rige en Colombia. Aquí las cosas se podrían complicar un poco pues si todos los fundamentos teóricos que hasta ahora se han indicado se piensan

104 Munar, Pedro. *Aspectos modernos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Responsabilidad civil y negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Santo Tomás-Ibáñez, 2011. p. 312. Jaramillo, Carlos. *Derecho privado*. Op. cit., p. 801.

105 Lecourt, Arnaud. *Fiches des obligations*. Paris: Ellipses, 3ª. ed., 2012. p. 354.

106 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 mayo 2005. Op. cit.

desde la perspectiva de la contratación individual, privada o personal si se quiere (con una clínica privada o con un médico), no hay ninguna dificultad en la interpretación; empero, cuando toda esta construcción teórico-conceptual que le ha llevado muchos años a nuestra jurisprudencia intenta trasladarse al evento de daños ocasionados en el marco del sistema de seguridad social en salud, la interpretación ya no se torna tan sencilla.

En efecto, desde el año 1993 cuando se promulgó la Ley 100 el sistema de seguridad social en salud operó un profundo cambio de filosofía y organización. Entraron a operar los regímenes contributivo y subsidiado, bajo una dinámica totalmente distinta a la que hasta esa fecha primaba. Este nuevo sistema influyó no solo en el comportamiento de los profesionales que trabajan al interior de todas estas estructuras hospitalarias (públicas y privadas), sino también, en la prestación misma del servicio.

Gracias a la Ley 100 de 1993 se estableció un nuevo modelo para la prestación del servicio de salud, que involucró un cambio radical consistente en la descentralización de este servicio en cabeza de los departamentos y municipios y en la autorización para que el sector privado participara en la prestación de un servicio, hasta ese entonces, reservado al Estado. Esta nueva organización trajo consigo un esquema basado en una prestación del servicio eminentemente institucional, estableciendo un nuevo modelo para la prestación del servicio, con sujeción a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*, y estructurado sobre premisas de *productividad empresarial, reorganización administrativa y mercadeo de servicios*¹⁰⁷.

A través del principio de *eficiencia* se denotó el interés del legislador colombiano por delegar funciones al mercado y permitir que la regulación estuviera en manos de la libre competencia¹⁰⁸. De este modo, surgen las empresas *privadas* dedicadas al *negocio* de la salud, las cuales son superiores en número si se comparan con las públicas, e insertan la medicina en el *mercado de la salud*, configurando de este modo un servicio más perteneciente al denominado *mercado de servicios*, parte integrante del *mercado de consumo*.¹⁰⁹ Cristalizándose de esta manera el reconocimiento que desde hace varios decenios hicieran connotados autores, al afirmar que “no se puede negar que

107 Díaz-Granados, Juan. Reforma a la seguridad social. Ley 100 de 1993. En: Fasecolda. No. 68 (1994); p. 30 y ss. Guzmán, Fernando & Redondo, Herman. La ley 100 de 1993: ¿a quién beneficia realmente? *Rev. Univ. Rosario*, No. 581, Vol. 91 (1998); p. 45.

108 Jaramillo, Iván. El futuro de la salud en Colombia. La puesta en marcha de la Ley 100. Bogotá: FESCOL, FRB, Fundación Corona, 1997. p. 5.

109 Fernández, Mónica. La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario. Reflexión sobre sus efectos a nivel de responsabilidad. José Manuel Gual y Juan Carlos Villalba (Coords.). *Derecho de Consumo. Problemáticas Actuales*. Bogotá: Ibáñez, 2013. p. 509.

existe una tendencia moderna a la patrimonialización del acto médico y de la profesión médica”¹¹⁰.

Luego de veinticuatro años desde la sanción de la Ley 100 de 1993, seguimos presenciando un Sistema donde el Estado y el mercado constituyen sus autores centrales¹¹¹. Un sistema donde el Derecho a la Salud, reconocido como derecho fundamental, se encuentra diluido en la lógica del mercado, convirtiéndose en un servicio que considera a los ciudadanos como sus clientes al momento de acceder a él¹¹². Pero, no obstante ello, como lo destacamos en apartes anteriores, nuestros jueces continúan decidiendo los procesos que involucran la responsabilidad de los médicos y las estructuras hospitalarias, aplicando las normas y principios del derecho tradicional,¹¹³ un sistema jurídico que cada vez parece ser menos apto a nuestra época¹¹⁴.

En verdad, el sistema jurisprudencial de la responsabilidad civil médica (fundado en las obligaciones de medios y la carga de la prueba en cabeza del demandante), que se muestra como “un collar de hierro del cual resulta difícil extraerse”, se aleja cada día más de los acontecimientos médicos y de las necesidades sociales contemporáneas, que justifican una profunda modificación de la materia, una transformación que permita adecuar este régimen de la responsabilidad a la nueva dinámica que trajo consigo la implantación del Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de la citada Ley 100 de 1993 y todas sus reglamentaciones¹¹⁵.

Un sinnúmero de inquietudes surgen y continúan surgiendo de esta realidad que vivimos en Colombia, las cuales se han tenido ocasión de analizar, pero en atención a que este escenario escapa a la posibilidad de reflexionar profundamente sobre estos aspectos, no nos resta más que hacer reenvío a las reflexiones y propuestas que hemos tenido ocasión de desarrollar alrededor de estos asuntos desde hace diez años¹¹⁶, con la esperanza de que por esta vía se inicie o continúe la construcción de un diálogo desde la judicatura, que logre dar una respuesta eficaz y acorde a nuestro contexto colombiano.

110 Savatier. Op. cit., p. 14.

111 Fernández, Mónica. *La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario*. Op. cit., p. 513.

112 Pereira, Marta. La prestación del servicio de salud en Colombia. Tensiones entre derechos y servicios en el acceso al Sistema de Salud en Colombia. 2007. [en línea]. Disponible en www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-283.html

113 Al igual que en Francia, debido a la ausencia de textos legales que prevean la responsabilidad médica, los jueces colombianos se han dedicado a la interpretación y adaptación de las normas generales. En este sentido, Moatti. Op. cit., p. 672.

114 Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica*. Op. cit., p. 120.

115 Fernández, Mónica. *Idid.* Fernández, Mónica. *La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario*. Op. cit., p. 520.

116 Fernández, Mónica. *Ibid.*

Observando el desarrollo del régimen de responsabilidad civil médica que se ha emprendido desde la Corte Suprema de Justicia, más especialmente en los últimos años, se crea la convicción de que sus reflexiones no son ajenas a este discurso. En efecto, decisiones como la tomada apenas en el pasado año 2016¹¹⁷ dejan entrever que la intención de este alto Tribunal al parecer se dirige hacia la reconstrucción de un sistema de responsabilidad civil médica.

Aunque si bien las posiciones asumidas a través de este fallo no constituyen al parecer la posición mayoritaria de la Sala Civil, denotan fuertemente la voluntad de apartarse del régimen dualista de la responsabilidad en lo que toca con la determinación de la naturaleza de la responsabilidad civil médica, para ubicarse en el marco de un régimen fundamentado en la ley. Un sistema de naturaleza legal.

En este punto, resultan reveladoras las manifestaciones que hace la Corte cuando afirma que hoy en día no es posible decidir las controversias jurídicas que involucran la responsabilidad de los médicos y de la estructura del sistema de seguridad social en salud, bajo una interpretación tradicional del derecho civil, concebida para endilgar responsabilidad en el ámbito exclusivo de las relaciones médicas interpersonales.

A partir de esta concepción, la Corte decide este caso que involucró un evidente evento de culpa por retardo en el diagnóstico, culpa en el tratamiento y culpa en la vigilancia post operatoria, asumiendo en primera medida que todo lo relacionado con la organización y control del sistema de seguridad social en salud se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias, por lo que el vínculo legal que surge del sistema de seguridad social en salud comporta una relación legal permanente. Dicha relación jurídica, según la Corte, se establece por una sola vez y para siempre entre el usuario y el sistema y no entre el usuario y una empresa o entidad específica. Por lo tanto, el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario.

Con base en un enfoque de sistemas, entre otros aspectos, plantea la Corte lo que denomina una “responsabilidad sistémica” de las personas jurídicas, que permite hablar de una culpa organizacional y por esa vía plantear una responsabilidad “solidaria” entre la EPS y la IPS. Según este pronunciamiento, cuando se examina el proceso organizacional como un todo en el que se presentan un gran cúmulo de omisiones y violación de

117 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. M. P. Ariel Salazar.

estándares científicos y de reglamentos técnicos y profesionales, se puede llegar a concluir que esas actuaciones y abstenciones culposas, consideradas como una unidad de acción organizativa son, en términos de probabilidad, el factor jurídicamente relevante del daño ocasionado.

Así pues, puede afirmarse, sin temor, que este pronunciamiento marca el inicio de una nueva era de discusiones en torno al sistema de responsabilidad civil médica. Debates que por demás se considera adecuado llevarlos a cabo en la medida que, al parecer, las reglas del sistema de responsabilidad civil médica, vistas desde un enfoque clásico o tradicional, no logran coincidir con el contexto actual en el que se ejecuta la actividad médica.

Empero, tal como arriba se mencionó, dado que esta nueva proposición no es acogida por la totalidad de la Sala de Casación Civil, también es preciso mencionar que están surgiendo otras contrapropuestas que, esforzándose por encontrar una postura que atendiendo a los actuales contextos que involucran el ejercicio médico, no abandone el régimen dualista tradicional, que califica, en principio, la responsabilidad civil médica como de naturaleza contractual.

Se hace mención aquí específicamente a la propuesta del Magistrado Aroldo Quiroz Monsalvo, quien aboga por una nueva clasificación del contrato celebrado entre el afiliado y la EPS, que si bien excede a las distinciones ancestrales, lo hace para admitir nuevas realidades negociales; es decir, el Magistrado propone un contrato cuya conceptualización se aleje de las ideas clásicas sobre la materia, como respuesta a una nueva realidad negocial, caracterizada porque las partes ven limitada su libertad, en aras de contribuir al bienestar social o de facilitar la realización de ciertas operaciones económicas.

En este orden de ideas, señala así el Magistrado Aroldo Quiroz:

Dentro de esta nueva categorización, el negocio celebrado entre el afiliado y la entidad promotora, puede calificarse como un contrato: (a) *dirigido*, en el sentido que el Estado, por conducto de sus órganos legislativos y regulatorios, interviene en su contenido, en orden a limitar la libertad de conclusión, desarrollo y modificación por las partes; (b) *forzoso*, en tanto su celebración es imperativa para todas las entidades prestadoras y los ciudadanos colombianos con capacidad de aporte al sistema; (c) *por necesidad*, ya que es el mecanismo dispuesto por el estado colombiano para satisfacer el derecho fundamental a la salud; (d) *abierto*, puesto que está a disposición de todos los interesados que quieran adherirse a sus condiciones, quienes podrán vincularse al mismo cumpliendo los

requisitos de afiliación; (e) *colaborativo*, caracterizado porque todos los intervinientes deben propender por la adecuada atención en salud; y (f) *por adhesión*, ya que tanto la EPS como el afiliado deberán sujetarse a las condiciones definidas por el legislador para la prestación del plan obligatorio de salud, sin perjuicio de las reglas especiales para otros planes¹¹⁸.

Y finalmente, se enfatiza en lo siguiente:

Admitir que la participación en el sistema de seguridad social integral en salud tiene como fuente la ley y no el contrato, bajo la premisa que las partes tienen escasa capacidad de regulación, llevaría a cuestionar la naturaleza de muchos vínculos que se han admitido como contractuales, como sucede con los contratos por adhesión, los seguros obligatorios, la prestación de servicios públicos domiciliarios, las convenciones sometidos a condiciones uniformes de contratación y, modernamente, los negocios electrónicos estandarizados, pues todos ellos tienen en común la inexistencia de poder de negociación de una o ambas partes¹¹⁹.

J	<p style="text-align: center;"><i>Jurisprudencia</i></p> <p>Las sentencias que se relacionan a continuación, constituyen algunas de las más representativas, sin embargo, se recalca en la necesidad de revisar todas aquellas que han sido citadas, en la medida que en su conjunto, abarcan la totalidad del desarrollo teórico de esta unidad.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940, M. P. Liborio Escallón. G. J. XLIX, pp. 116 y ss.:</p> <p>La importancia de esta decisión radica en que a través de ella se acoge en Colombia la teoría francesa de las obligaciones de medio y de resultado, y su aplicación al campo de la responsabilidad civil médica, ya que se reconoce como regla general el compromiso que el médico adquiere en virtud de las obligaciones de medio.</p>
---	---

118 Aclaración de voto a la sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. M. P. Ariel Salazar.

119 *Ibid.*

J

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 septiembre 1985, M. P. Horacio Montoya. G. J. CLXXX, n. 2419, pp. 407 y ss.:

En este fallo se insiste en los efectos probatorios que se generan con la recepción de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. La carga de la prueba y los factores de exoneración frente a cada una de ellas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 noviembre de 1986, exp. 2423. M. P. Héctor Gómez. G. J. CLXXXIV, pp. 358 y ss.:

A través de esta sentencia se fijó posición frente a los actos de cirugía estética, desvirtuando que en todos los eventos debe entenderse como una obligación de resultados, pues lo que debe analizarse es el alcance de la prestación, es decir, a qué se obligó el profesional en el caso concreto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001, exp. 5507. M. P. José Fernando Ramírez:

La providencia rechaza de plano la consideración de la labor médica como una actividad peligrosa y recalca la necesidad de analizar el compromiso adquirido en el caso concreto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 julio de 2010:

Esta decisión es importante ya que insiste en la necesidad de aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria para ciertos casos de excepción en los que haya dificultad en materia de aportación de pruebas.

Sala de Casación Civil, 11 septiembre 2002, exp. 6430. M. P. José Ramírez:

A través de esta providencia la Corte analiza el problema jurídico relacionado con la naturaleza de la responsabilidad que le asiste al médico ejecutor material del daño que funge como agente de la persona jurídica (deudor principal), concluyendo que la responsabilidad es de naturaleza contractual y no extracontractual.

<p><i>J</i></p>	<p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 septiembre 1985, M. P. Horacio Montoya; 1 febrero 1993, M. P. Carlos Jaramillo; 13 septiembre de 2013, M. P. Arturo Solarte; 7 julio de 2016, M. P. Álvaro Fernando García:</p> <p>El conjunto de estas sentencias contiene el itinerario recorrido alrededor de la obligación de seguridad, su alcance, contenido y desarrollo en materia probatoria.</p>
<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p>Para reforzar los contenidos tratados en la presente unidad, desarrolle la siguiente actividad:</p> <p>Realice un cuadro comparativo que le permita identificar las semejanzas y diferencias de los sistemas de responsabilidad civil médica tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, incluyendo su propia opinión sobre la conveniencia o no de alejarse del sistema tradicional.</p>

Ae

Autoevaluación

Analice el siguiente problema y responda las preguntas que se enlistan a continuación:

Simón es un trabajador dependiente de la empresa Imágenes y en consecuencia se encuentra afiliado al sistema contributivo de salud mediante el pago de la respectiva cotización. La EPS privada a la cual se vinculó se denomina Vida Sana. En la mañana de hoy sintió fuertes dolores abdominales que lo dejaron en estado de inconsciencia, por lo cual, fue llevado por su hijo al servicio de urgencias de la clínica Oriente donde lo atendió el médico Jorge vinculado a esta IPS. Con ocasión a la negligencia del médico que no advirtió pudiendo hacerlo los síntomas claros de una apendicitis y en su lugar lo devolvió para su casa prescribiéndole solo acetaminofén, sumado a una serie de retrasos en la atención propios de una ineficiencia atribuible también a la institución, se le ocasionaron una serie de perjuicios de importancia a Simón quien decide demandar con el fin de obtener la reparación del daño.

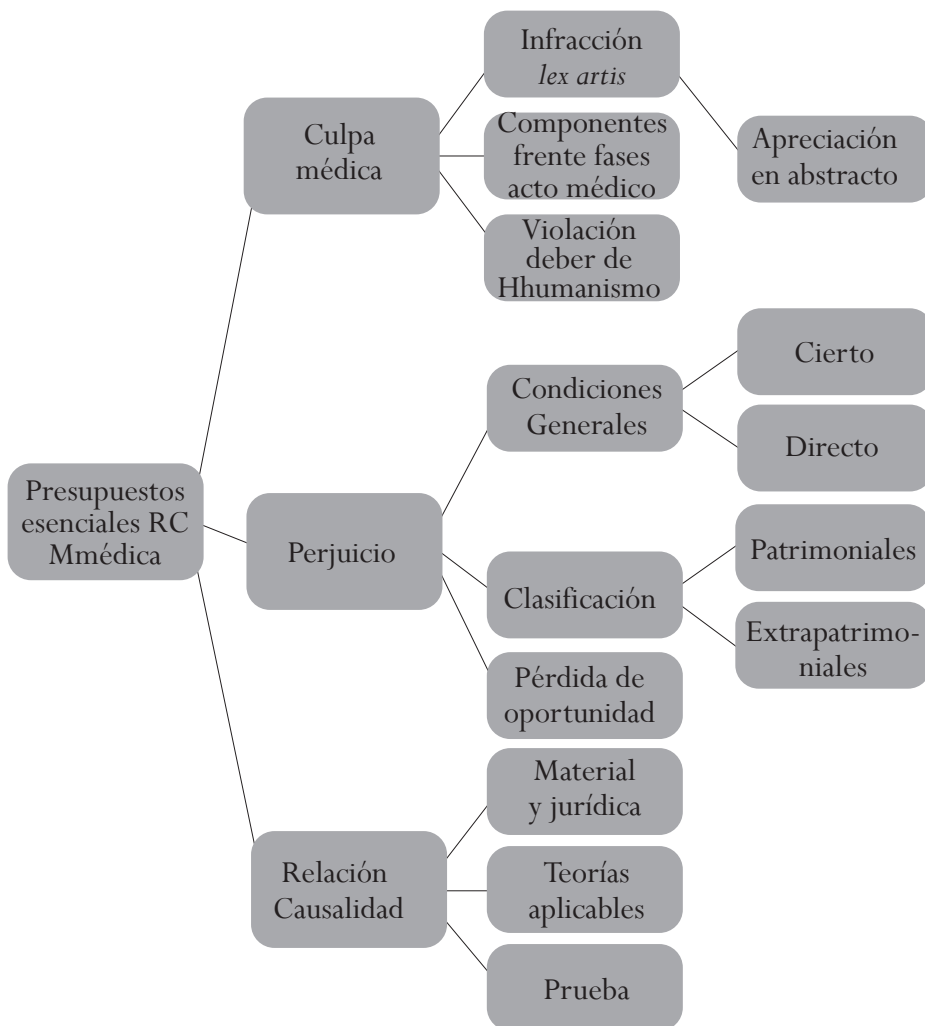
- 1) ¿A quién debe demandar Simón para poder lograr la reparación de los daños causados?
- 2) Si demanda a la EPS, ¿la responsabilidad de esta entidad es de naturaleza contractual o extracontractual y por qué?
- 3) Si demanda a la IPS, ¿la responsabilidad de esta entidad es de naturaleza contractual o extracontractual y por qué?
- 4) Si demanda al médico tratante, ¿la responsabilidad de él es de naturaleza contractual o extracontractual y por qué?
- 5) ¿Existirá solidaridad pasiva o solidaridad *in solidum* y por qué?
- 6) ¿Está de acuerdo con que la demanda de responsabilidad no se enmarque en el ámbito contractual o extracontractual y en su lugar se sustente con un fundamento de orden legal (naturaleza legal)? Sea que su respuesta sea afirmativa o negativa justifique su escogencia.

Unidad 2

PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

<p>Og</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Identificar el contenido de los tres elementos fundantes de la responsabilidad civil médica, cuya existencia subordina la imputación de la obligación de reparación, con el fin no solo de conocer los obstáculos que se pueden presentar en su estructuración, sino también cómo estas dificultades pueden ser solventadas.</p>
<p>Oe</p>	<p>Objetivos específicos</p> <p>El discente será capaz de reconocer las conductas que constituyen culpa médica, valorar el grado de compromiso de la responsabilidad y aplicar dicho entendimiento a la solución de casos reales que lleguen a su conocimiento.</p> <p>El participante estará en capacidad de definir las hipótesis constitutivas o no de daño indemnizable, evaluando cuáles de ellas se ubican en la esfera patrimonial y extrapatrimonial y cuáles pueden transitar al campo de la teoría de la pérdida de oportunidad.</p> <p>El estudiante será capaz de comprender cómo se analiza el nexo de causalidad en materia médica a partir de las distintas teorías aplicables, generando distintas alternativas para su apreciación probatoria.</p>

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 2



Co	<p>1.1. LA CULPA MÉDICA</p> <p>1.1.1. La culpa como infracción de la <i>lex artis</i></p> <p>1.1.2. El acto médico como hecho generador de la responsabilidad</p> <p>1.1.3. La culpa en el diagnóstico, en el tratamiento y en la vigilancia postoperatoria</p> <p>1.1.4. La culpa por violación de un deber de humanismo médico</p> <p>1.2. EL PERJUICIO</p> <p>1.2.1. Ausencia de una particularidad especial en materia médica</p> <p>1.2.3. La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad (<i>perte d'une chance</i>) al ámbito de la responsabilidad civil médica</p> <p>1.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD</p> <p>1.3.1. Consideraciones generales respecto al nexo de causalidad</p> <p>1.3.2. El nexo causal y su aplicación al campo de la responsabilidad civil médica</p> <p>Jurisprudencia</p> <p>Actividades pedagógicas</p> <p>Autoevaluación</p>
----	---

2.1. LA CULPA MÉDICA

2.1.1. LA CULPA COMO INFRACCIÓN DE LA *LEX ARTIS*

El elemento *culpa* es uno de esos conceptos abstractos que, aunque de uso cotidiano, han siempre escapado a una clara definición. Muchos conceptos han sido ensayados con esta finalidad y la característica general en todos ellos es que apuntan a identificar esta noción con aquella actuación voluntaria consistente en una falta de cuidado o negligencia.

En efecto, el concepto de culpa comporta siempre un defecto de conducta concreto respecto a un modelo de conducta abstracto. Muchas opiniones se han tejido alrededor de la determinación del contenido de esta regla abstracta con la cual se mide la conducta concreta; empero, la mayoría coincide con que basta señalar la desviación que separa una cierta conducta concreta del modelo de conducta que la ley positiva asume como regla. Sin embargo, para la determinación del tipo de conducta prescrita, muchas veces la ley reenvía a normas más específicas contenidas, por ejemplo, en otros textos legales, o reenvía a otros ordenamientos o principios jurídicos o metajurídicos, como los usos, las costumbres, la praxis.¹²⁰ En estos eventos, la prescripción o determinación que hace la ley es solo indirecta o “en blanco”¹²¹, siendo el ejemplo más significativo de un reenvío de tal género aquel que está representado en el modelo del “buen padre de familia”.

Este modelo general de diligencia abstracta “el buen padre de familia”, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual¹²², hace referencia a aquel “buen” ciudadano que en cada uno de sus comportamientos utiliza la diligencia que usualmente es empleada, en idénticas circunstancias, por otros miembros de la colectividad y que, por lo tanto, se estima socialmente suficiente dentro de la valoración social de la misma comunidad¹²³.

Con relación a algunas actividades peculiarmente relevantes, desde la perspectiva del daño que pueden ocasionar, se han determinado algunas normas que prevén un particular modo de diligencia. En este campo figura, entre otros conceptos, la denominada “diligencia profesional” que no es otra cosa que una adecuación al canon general de la diligencia del buen padre de familia, teniendo en consideración la naturaleza de la actividad ejercitada. Por otra parte, están también otros conceptos como el del “hombre razonable”, “buen hombre de negocios” y “buen ciudadano”, los que han sido ensayados con el mismo objetivo¹²⁴.

Según Eugenio Llamas Pombo, haciendo un estudio paralelo entre la culpa y el dolo, señala que solo puede hablarse de culpa cuando se produce una violación de los deberes de diligencia previamente establecidos y puede

120 Forchielli, Paolo. Colpa. I) Diritto civile. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Tomo 7. p. 3

121 *Ibid.*

122 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, tomo V, 2011. p. 275.

123 Forchielli. *Op. cit.*, p. 9.

124 Tomás, Gema. La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance. *Revista de Derecho Civil* No. 1, vol. II (ene.-mar.2015); p. 57. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. *Op. cit.*, p. 275.

hablarse de dolo cuando hay un conocimiento de la ilegalidad del acto y además una voluntad de realizarlo¹²⁵. Así, retomado lo dispuesto por Luis Díez-Picazo, estima que en la culpa se sustituye el elemento intelectual por la previsibilidad del resultado y el elemento volitivo por la omisión de la diligencia debida¹²⁶. De esta forma, la noción de culpa se ubica en la idea de negligencia, la cual requiere a su vez la presencia de un elemento de comparación, de un modelo de comportamiento o nivel de diligencia preestablecido que, en definitiva, es el que marca no solo dónde comienza esa previsibilidad del daño y, por ende, dónde surgen los deberes de prevención y evitación, sino, además, dónde terminan los límites del caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, cuándo el acto se considera imprevisible e inevitable.

Así pues, en lo que respecta en concreto al campo médico, se ha propuesto como definición de *culpa médica* aquella “culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada *lex artis* o *lex artis ad hoc*”¹²⁷. La Corte Suprema de Justicia en el año 1940 señaló al respecto que “fuera de la negligencia o 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”¹²⁸.

Recordemos que históricamente la medicina tal como la concibieron los griegos era considerada esencialmente un *arte*, un *tékhnē* (técnica) con su método propio. Gracias al establecimiento de la medicina hipocrática que logró desligar el concepto de enfermedad de la superstición y de la religión, y en su lugar, entenderla como un acontecimiento que al responder a una causalidad y dinámica propias, podía ser evitada o incluso desaparecida, se permitió que la medicina se estableciera como un saber práctico, como un *arte*, un *tékne*, con un saber propio (*teknites*), donde su finalidad se entendió como la obtención de un efecto guiado por un conocimiento de tipo práctico,

125 Llamas, Eugenio. *Culpa médica y responsabilidad civil. Especialidades médicas problemáticas* (sin más datos). p. 20.

126 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Op. cit., p. 278.

127 Fernández, José. Sistema de responsabilidad médica. Granada: Ed. Comares, 2002. p. 96. Asúa, Clara. Responsabilidad civil médica. Reglero, Fernando (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 984.

128 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940, Op.cit., p.116 ss, apoyada en la Sentencia de Casación francesa del 27 octubre de 1938.

fundado en la ciencia, en la medida que al ser un *arte* necesita de algunas ciencias particulares como la biología, la anatomía o la fisiología¹²⁹.

De esta manera, se entiende que la *lex artis* es la norma de conducta que exige el buen comportamiento profesional, algo así como el comportamiento del *buen profesional*. Esta *lex artis* se ha depurado al tratar la responsabilidad médica, por lo tanto, en la profesión médica dicha *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada caso, y en tal entendido, esta especificación de la *lex artis* al supuesto concreto, recibe el nombre de *lex artis ad hoc*.¹³⁰ Así pues, exigir que la actuación de los médicos deba regirse por la *lex artis ad hoc*, significa que el médico debe actuar en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y a las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como a las incidencias inseparables en el normal actuar profesional. La *lex artis ad hoc*, como criterio valorativo para calificar el acto médico concreto como conforme o no con la técnica normal requerida, debe tener entonces en cuenta las especialidades características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y de la influencia de factores endógenos, entre otros.

En este orden de ideas, para que pueda existir una responsabilidad del médico se requiere la violación de la *lex artis*, que en definitiva es el parámetro de conducta que debe cumplir un *buen profesional*. Por lo tanto, en un proceso de esta naturaleza, tendrá siempre que determinarse cuáles son esos cuidados concienzudos y atentos que, en cada caso concreto, el médico haya tenido que dar al paciente conforme a las normas actuales de la ciencia médica, las cuales indican las obligaciones que, dentro del ejercicio profesional, deben seguirse.

Por otra parte, es preciso anotar que en el año 1940, la Corte Suprema de Justicia exigía *la gravedad* de la culpa como requisito para la declaratoria de la responsabilidad médica, de la siguiente manera:

En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la 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.

129 Besio, Mauricio. El acto médico: ¿una creación original? Reflexiones sobre su esencia, surgimiento y riesgos a los que se expone. *Acta Bioética* No. 16 (2010); p. 52.

130 Fernández, José. Op. cit., p. 249 ss. En similar sentido Santos, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Javegraf, Tomo III, 2006. p. 295, para quien acudir a la estimación en concreto de la culpa médica, obedece a la insuficiencia del patrón “buen padre de familia” como soporte de la apreciación en abstracto de la culpa.

La responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave¹³¹.

Sin embargo, como se esbozó en la unidad anterior, es necesario puntualizar que este carácter de gravedad no fue considerado necesario por la jurisprudencia sucesiva,¹³² que lo único que ha exigido es la prueba de la certidumbre de su ocurrencia. Así, la clasificación de la culpa según su gravedad no cobra especial importancia en tratándose de la culpa cometida por un profesional de la medicina.

Javier Tamayo Jaramillo, por ejemplo, considera que debido a que la jurisprudencia ha aceptado la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, con ello tácitamente ha condenado la graduación de culpas consagrada en el artículo 1604 del Código Civil¹³³, por lo cual, según el autor, en materia de responsabilidad civil médica “la graduación de culpas para nada cuenta”, pues únicamente si se considera que hay culpa se condena y si se estima que no hay culpa se absuelve.

A diferencia de lo que sucede en Francia, aún se conserva en el Código civil colombiano la clasificación tripartita de la culpa y dado que ha sido unánimemente aceptado que la obligación del médico es por regla general una obligación de medios, surgía la pregunta sobre ¿qué grado de culpa comprometía la responsabilidad del médico? Conforme al contenido del artículo 1604 del C.C. inc. 1, podía decirse que, dado que normalmente los servicios médicos son remunerados, es decir, implican un beneficio recíproco para el profesional y para el paciente, generando el contrato un beneficio recíproco para ambas partes, sería la *culpa leve* el grado que comprometería la responsabilidad del profesional médico.

Sin embargo, como en su momento lo señaló autorizada doctrina:

El contrato de prestación de servicios médicos, no es del exclusivo resorte del derecho privado; la medicina es una función social, y como tal, sujeta a especiales obligaciones y deberes, de los cuales emanan responsabilidades que no tiene a su cargo el contratante común. Luego aún en el caso de un servicio gratuito, las reglas que se deben aplicar serán las mismas que en caso de servicios remunerados. La responsabilidad

131 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940, Op.cit., p.116 ss

132 En similar sentido Yepes, Sergio. La responsabilidad civil médica. Medellín: Dike, 2004. p.74. Ramírez. Op. Cit., p. 85.

133 Tamayo, Javier. Culpa contractual. Bogotá: Temis, 1990. p. 101. Tamayo, Javier. Rapport colombien (I). Op. cit., p. 247, que en su criterio considera que la jurisprudencia “jamás” ha aplicado esta graduación a la culpa médica.

del médico por su sagrado ministerio es siempre igual; se trata de la vida humana misma, es la integridad y la salud corporal de una persona las que están de por medio, y no sería posible exigir al médico una menor diligencia cuando recibe paga que cuando, en desarrollo de los principios de solidaridad social que rigen su arte, atiende a un enfermo gratuitamente. Por consiguiente, en todos los casos, el médico comete culpa cuando, atendidas las circunstancias que rodearon el hecho y sus obligaciones convencionales, aparezca que no se ha comportado como lo habría hecho un médico prudente y diligente¹³⁴.

Este criterio coincide con el de la doctrina general,¹³⁵ cuando considera que la responsabilidad médica se rige por las reglas generales de la responsabilidad; por lo tanto, para definir la culpa médica, es decir, la culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo la *lex artis ad hoc*, es necesario comparar su conducta con la de la figura abstracta del *buen profesional*, que nuestro Código civil reserva para la categoría de *culpa leve*. En verdad, “cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad [...] El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales [...] la culpa del médico, sea grave o leve origina responsabilidad”¹³⁶.

En tal entendido, se realizará una apreciación abstracta con referencia al comportamiento que pudo haber asumido un buen profesional de la misma disciplina, es decir, un profesional idóneo y competente colocado en idénticas condiciones. Es decir, la evaluación judicial de la culpa, retoma la clásica estructura del silogismo donde la conducta concreta (premisa menor) es valorada a la luz del modelo abstracto (premisa mayor), y de dicha confrontación se llega a la conclusión acerca de la existencia o inexistencia de una culpa jurídicamente relevante.

Tal como lo expresó Álvaro Pérez Vives¹³⁷:

Es verdad que al médico no se le pueden exigir milagros ni imposibles; pero sí está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquello que escapa a sus posibilidades, pero que está dentro

134 Pérez, Álvaro. *Teoría General de las obligaciones*. Bogotá: Temis, Tomo III, 1954. p. 200.

135 De Brigard, Ana. La culpa en responsabilidad médica. *Rev. Med. Leg.* No. 1 y 2, Vol. XVI (1997); p. 106. Yepes. Op. cit., p. 73.

136 Vásquez, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Op. cit., p. 90.

137 Pérez, Álvaro. *Teoría General de las obligaciones*, Tomo III. Op. cit., p. 201.

de las que tiene otro; a intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias, habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión.

Además, tratándose de un médico especialista, se entiende que es mayor la responsabilidad que se asume, “porque dada su aptitud puede estar en mejores condiciones para advertir las consecuencias de un mal y donde exista un peligro potencial, mayores son las precauciones que debe tomar”¹³⁸.

En lo que a la *prueba de la culpa* se refiere y conforme a la clasificación doctrinal sobre las obligaciones de medio y de resultado acogida por nuestra jurisprudencia, es preciso recordar que si la obligación es de resultado, el incumplimiento de la obligación hace al deudor incurso en culpa por vía de presunción; al contrario, si la obligación es de medios, es necesario demostrar que la actuación del médico está incurso en una de las tres modalidades doctrinarias de culpa que se conocen: la imprudencia, la negligencia y la impericia, las cuales se reducen a la violación de la *lex artis*.

Con respecto al deber de aportar la demostración de la culpa por parte del paciente víctima, desde siempre había sido aceptado por parte de la doctrina nacional y extranjera que existía en cabeza del demandado una pesada carga en su ejercicio¹³⁹, sin embargo, a partir del año 2010 Colombia vio con agrado como la Corte Suprema de Justicia, superando su fuerte tradición, dio un primer paso trascendental para tratar de vencer uno de los más debatidos problemas en materia de responsabilidad médica, esto es, la dificultad para el paciente en la prueba de la culpa médica¹⁴⁰.

En suma el alto Tribunal abogó en este fallo por la aplicación del principio de la *carga dinámica de la prueba* buscando, en últimas, flexibilizar el rigor de las reglas del *onus probandi*, es decir, pasando de una concepción rígida de la carga de la prueba en cabeza del demandante a una más dinámica que permitiera al juez, ante la duda probatoria, decidir a cuál de las dos partes le ha quedado más fácil aportar la prueba al proceso. En ese entonces, la Corte Suprema reconoció que una aplicación rigurosa del principio de la *carga de la prueba*, podría traer consigo el fracaso de la función de reparación del instituto de la responsabilidad y también dejó en claro, su rechazo a

138 Novellino, Norberto y Sánchez Carlos. *Vademécum jurídico para defender a los médicos y su entorno*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998. p. 145.

139 Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica*. Op. cit., p. 85.

140 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 Julio de 2010. Op. cit.

principios generales encaminados a establecer presunciones de culpa de manera absoluta, es decir, abogó por la aplicación del principio de la *carga dinámica* pero dependiendo de las circunstancias del caso concreto. En este orden de ideas, según el caso, la carga de la prueba puede desplazarse al médico demandado, cuando se considere que este se encuentra en mejores condiciones de probar lo ocurrido.

Con esta decisión la Corte Suprema intentaba superar uno de los mayores obstáculos que se le había formulado a la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, la ausencia de un respaldo o sustento legal para la figura. Destacándose principalmente como la Corporación procedió al uso de la figura sin hacer mención de la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual, frente a circunstancias específicas, la carga de la prueba podía, según esta propuesta, ser válidamente objeto de flexibilización.

Hoy en día en Colombia se vislumbra lo que podríamos llamar un panorama más alentador en materia de protección de los intereses de los pacientes víctimas frente a la dificultad de acceso a los medios de prueba en este tipo de procesos, el cual está representado en la consagración legal del principio de la *carga dinámica de la prueba* en la última y más reciente reforma al procedimiento, surtida a través de la emanación del actual Código General del Proceso¹⁴¹. Así, el artículo 167 prevé la posibilidad para el juez, de oficio o a petición de parte, de dar aplicación a dicho principio al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar y de este modo, la carga podrá desplazarse hacia cualquiera de las partes, dependiendo de quién se encuentre en mejores condiciones o le quede más fácil acceder a los medios probatorios, exigiéndole probar determinado hecho por encontrarse en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

Según la citada norma:

La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

141 Ley 1564 de 2012 (julio 12). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Así pues, dado que el citado Código General del Proceso entró en vigencia de manera reciente y dado que en materia probatoria el mismo habrá de ser aplicado al ámbito público por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo, Colombia permanece atenta a los desarrollos que tendrá la jurisprudencia nacional respecto a la aplicación efectiva o no de la *carga dinámica de la prueba* en los procesos de responsabilidad médica, principio cuya aplicación se facilita aun más por la implementación de la oralidad a través del proceso mediante audiencias en el contexto colombiano.

Desde esta perspectiva, es posible, que en muchos casos, sino la mayoría, sean los profesionales demandados quienes se encuentren en una mejor posición procesal¹⁴² por tener los conocimientos técnicos especializados en la materia que se está debatiendo, además de todos los medios probatorios a su disposición y en consecuencia, al encontrarse en mejores condiciones de soportar el *onus probandi*; en consecuencia, a través de este mecanismo se aspira que se ofrezcan los medios probatorios que lleven al Juez al convencimiento sobre el quebrantamiento o no de la *lex artis* y gracias al carácter dinámico de las reglas probatorias, se impone una suerte de colaboración entre las partes en la recolección del material probatorio. En efecto, de acuerdo con Vásquez Ferreyra, siendo que la carga probatoria dinámica no es una regla de inversión de la carga de la prueba, sino una regla de colaboración¹⁴³, puede afirmarse que dicha carga es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado, pues ahora el profesional también debe aportar toda su prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

Razón le asiste a Carlos Ignacio Jaramillo, Ex Magistrado de la Corte Suprema Justicia, en hacer un vigoroso llamado a la judicatura y a los abogados en general, para que se abra más paso a una concepción dinámica del *onus probandi*. En palabras del autor, refiriéndose a la *carga dinámica de la prueba*:

Hoy la jurisprudencia, y hasta el propio Derecho positivo contemporáneo, fomentan una visión incluyente y democrática de los derechos, refractaria

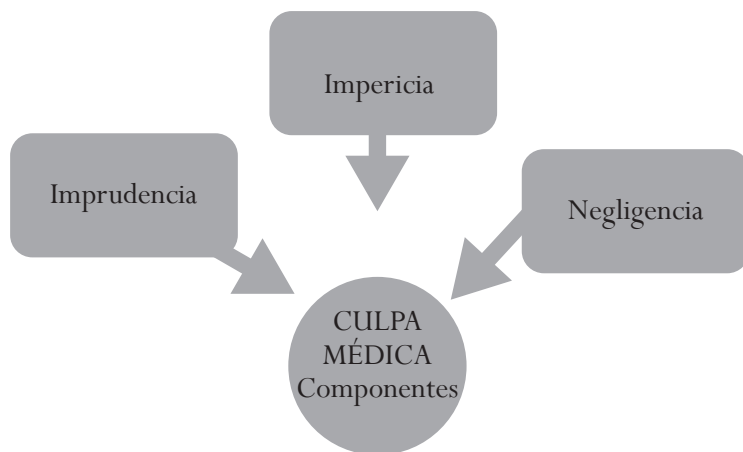
142 Peyrano, J. citado por Lorenzetti. Op. cit., p. 416, estima que es el análisis económico del derecho el que ha desarrollado una regla atinente a la posición probatoria, indicando que debe adjudicarse la carga a quien está en mejores posiciones probatorias. El significado de “mejor” se relaciona con la más eficiente, en el sentido de que quien ya tiene la información o la prueba, le resulta más barato, más económico arrimarla al proceso. En este orden de ideas, en la responsabilidad médica, hay mayoría autoral y jurisprudencial que considera que el médico es quien está en mejores condiciones probatorias, ya que él posee la prueba, tiene la información, la documentación, una explicación posible de lo sucedido, por lo tanto, es quien puede explicar mejor las cosas.

143 Vásquez, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Op. cit., p. 146.

a la desigualdad, a la discriminación, y a la dificultad probatoria que, a menudo, aflora en sede procesal... He aquí... la necesidad de tener muy en cuenta las dificultades que, en un caso concreto, pueden rodear la causa del demandante, quien puede recibir un portazo, sin merecerlo, si se inaplica esta nueva doctrina, justa y equilibrada como pocas... refrendada por la razón, y avalada por la dogmática, la jurisprudencia, las leyes más recientes y la propia constitución, auténtica expresión de la soberanía popular y basamento de un Estado Social de Derecho.

Sin embargo, es indispensable una mayor conciencia legal y, sobre todo, judicial y profesional (abogados), habida consideración de que estamos asistiendo a un cambio profundo de la cultura, de la estructura y de la mecánica del Derecho procesal, con claras repercusiones en el Derecho sustancial y, en general, en la ciencia jurídica¹⁴⁴.

Ahora bien, al igual que la culpa en general, los componentes de la culpa médica que deben quedar demostrados son la imprudencia, la impericia y la negligencia.



Al respecto de estas modalidades la doctrina se ha pronunciado de la siguiente manera¹⁴⁵:

144 Jaramillo, Carlos. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá: Universidad Javeriana-Ibáñez, 2010. p. 324.

145 Tamayo, Alberto. En su intervención en la Mesa redonda No. 2 realizada con ocasión del encuentro “Un compromiso de todos con la salud y la justicia”, cuyas memorias pueden ser consultadas Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Medellín: Dike, 1993. p. 334.

La *imprudencia* profesional es una actitud injustificadamente apresurada o que carece del juicio previo necesario para prever los resultados de la acción, así por ejemplo, el cirujano que debe llevar al quirófano para el desarrollo de una cirugía programada o electiva a un paciente con un tumor que compromete las estructuras del bazo, sabemos que el bazo es uno de los componentes anatómicos más vascularizados en un individuo, y no le hace previamente las pruebas destinadas a identificar los tiempos de coagulación, en otras palabras, un tiempo de protrombina y un tiempo parcial de tromboplastina, y lo lleva al quirófano, y al incidir sobre el tumor que está vecino al bazo se desencadena una hemorragia masiva, allí hay una actitud *imprudente* porque injustificadamente apresurada dado que la cirugía era electiva o programada y el médico tenía el tiempo necesario para acudir al laboratorio en la búsqueda de esos exámenes ... La *negligencia* es una conducta omisiva que se manifiesta en una actitud mediante la cual el médico no hace lo que debe hacer, pudiéndolo hacer. Es el caso del anestesiólogo que dentro de su deber profesional, a la obligación que corresponde a la *lex artis* del anestesiólogo, hay tres tiempos del ejercicio profesional: la revisión prequirúrgica del paciente, la revisión preanestésica y la premedicación, si es del caso; en segundo lugar, el suministro de la anestesia propiamente dicha en el quirófano; y, tercero, la recuperación de la anestesia. Pero sabemos, quienes manejamos todos los días procesos penales en este campo, que en la mayoría de las veces el anestesiólogo conoce al paciente en el quirófano, nunca lo premedicó, nunca indagó por sus antecedentes en cuanto a la anestesia, no conoció su cuadro clínico-patológico para saber qué tipo de anestesia le tenía que dar, en qué cantidad o en qué concentración; de manera que allí, el médico anestesiólogo conocía su deber y podía cumplirlo, nada le impedía cumplirlo, y si no lo hizo, y como consecuencia de esa conducta, el paciente hace un episodio que desencadena su muerte en desarrollo de la cirugía, hay una conducta *negligente*. Y la *impericia*, es la carencia de conocimientos, destrezas y habilidades que le permiten al médico ejercer, realizar sus actos médicos de manera correcta, de acuerdo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los realice. La impericia... comporta el que el profesional se titula como médico y tiene unos conocimientos que son punto de partida de la pericia, pero en el camino encontrará la necesidad de actualizarse, de estar cierto del avance de la medicina que progresa a pasos agigantados, y no lo hace.

Según Mauro Sella¹⁴⁶, el elemento “negligencia” encuentra su contrario en el concepto de diligencia, el cual se relaciona con las nociones de atención y

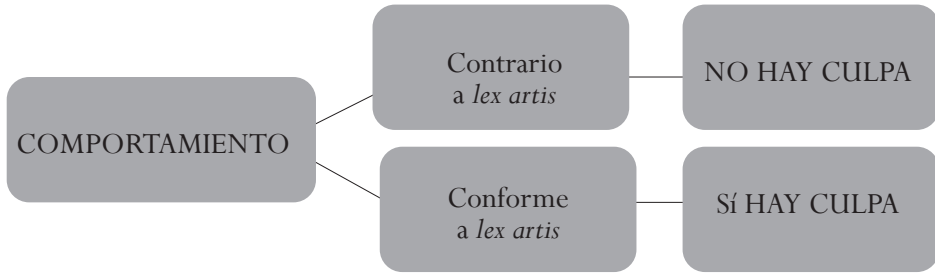
146 Sella, Mauro. *La quantificazione dei danni da malpractice medica*. Milano: Giuffrè, 2a Ed., 2009. p. 37.

compromiso y es opuesto a su vez a las nociones de olvido y superficialidad, es decir, la diligencia hace referencia a la necesidad de actuar con atención y precaución en el cumplimiento de las obligaciones. La “imprudencia” en cambio, se refiere a la escasa o nula consideración por los intereses de los demás, por ejemplo, el caso del médico quien frente a los resultados de los exámenes que le indican un probable sufrimiento fetal, teniendo la posibilidad de escoger entre dos posibles soluciones, adopta la más fácil pero menos segura, es decir, pospone para el día siguiente el control de la paciente embarazada, en lugar de proceder a su hospitalización inmediata. Finalmente, la “impericia” se entiende como la escasez de cultura profesional y de habilidad técnica o de experiencia científica considerada comúnmente como necesarias para el ejercicio de la profesión médica.

Existe entonces un acuerdo casi general en considerar *la culpa* como aquella anomalía de conducta que no habría cometido un hombre, y en este caso concreto el profesional, el médico, normalmente diligente y competente, colocado en las mismas circunstancias que el autor del daño. Se trata de una apreciación en abstracto, con referencia al comportamiento del modelo abstracto de referencia: el *buen profesional*¹⁴⁷, es decir, el comportamiento que en las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar habría o no tenido un médico de la misma especialidad, prudente, concienzudo y conocedor. Así, “toda diferencia entre la conducta que habría tenido el estándar de referencia y aquella que ha sido efectivamente realizada hace aparecer la culpa”¹⁴⁸. Es en este momento, entonces, donde se acude a la *lex artis* para indicar que el médico que actúa conforme a las reglas del arte no comete culpa, ya que de ese modo se comporta como lo habría hecho el estándar de referencia.

147 Le Tourneau, Philippe. La verueur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). R. T. D. Civ. No. 3 (1988) ; pp. 505 ss. En lo concerniente al método de apreciación de la culpa que se utiliza en materia de responsabilidad civil, podemos indicar que el método tradicional que se usaba en Francia y que comportaba una concepción moral, humanista y psicológica, fue reemplazado por un método de apreciación consistente en juzgar la conducta del agente, in abstracto, con relación al comportamiento que se considera ser aquel del ‘buen padre de familia’. Así pues, la culpa subjetiva, en sentido estricto, no existe realmente: ella es apreciada de manera abstracta y artificial. No sobra resaltar que esta solución ha sido también criticada por alguna doctrina que la considera absurda y excesiva, por ejemplo, cuando es aplicada a los menores.

148 Recuérdese que en la mayoría de los países codificados la culpa se constituye con base al criterio del ‘buen padre de familia’. Penneau, Jean. La responsabilité du médecin. Op. cit., p. 17. Tunc, André. La responsabilité civile. Paris: Économica, 1989. p. 109.



2.1.2. EL ACTO MÉDICO COMO HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD

El acto médico es una expresión compleja regularmente utilizada por médicos, abogados, académicos, jueces, entre otros; por lo cual, recibe una mirada distinta desde la perspectiva que sea abordado. No obstante, desde el punto de vista jurídico, que es el de nuestro interés, el acto médico ha sido concebido como el hecho generador de la responsabilidad del médico; sin embargo, desde el punto de vista legal, no existe una definición de acto médico, por lo que se ha indagado si el concepto de “acto médico” puede ser deducido de la descomposición de la expresión.

Así, si la palabra “acto” se toma en el sentido de “acción humana considerada en su dimensión objetiva”, es decir, como sinónimo de “gesto”, el acto médico podría ser definido como equivalente a la intervención médica o quirúrgica. Sin embargo, dado que el adjetivo “médico” puede hacer referencia no solo a todo aquello que concierne a la medicina, sino también a todo lo que está dirigido a curar o prevenir las enfermedades y a aquello que concierne a los médicos, se hace evidente la dificultad de otorgar una definición unívoca de acto médico. Que el acto médico sea un acto de la medicina o del médico, supone tener que definir qué se entiende por uno y otro.

Muchas definiciones se han intentado desde la doctrina. A este respecto, se destaca la investigación que respecto a la evolución de la noción desarrolló Clément Cousin¹⁴⁹ quien señala que en el año 1956, René Savatier, sin desconocer lo difícil que resultaba definir el concepto, señaló que el acto médico era aquel que un hombre experto proyectaba y desarrollaba con el fin de sanar a los demás. Adicionalmente, además, que se trataba de un acto médico

¹⁴⁹ Cousin, Clément. *Vers une redéfinition de l'acte medical*. Rennes, 2016. 450 p. Tesis de doctorado. Université de Rennes. Faculté de droit et science politique. p. 30.

cuando se basaba en el uso de conocimientos biológicos unidos a una técnica apropiada.

De este modo, Cousin sintetiza los tres elementos que conforman la definición de acto médico construida por Savatier, así:

1. El autor del acto médico: respecto a este elemento se critica que el autor al indicar al “hombre experto” deja concluir que puede tratarse de un profesional de la salud que no sea médico, pero igual cualificado.
2. La técnica utilizada para realizar el acto médico: este elemento permite concluir que una ciencia subyacente es necesaria para la perfección del acto médico.
3. El propósito del acto médico: se trata del elemento teleológico, que en el año 1956 se reconocía como curar o sanar.

No obstante resulta importante destacar que desde esa época Savatier afirmaba que ese propósito empezaba a desplazarse hacia otro propósito cual era el privilegio de trabajar en el cuerpo humano. La indicación de esta evolución resulta de importancia ya que indica que el acto médico no podía ser definido por su propósito u objetivo, sino por su objeto, esto es, el cuerpo humano.

Así pues, luego de destacar las subsiguientes propuestas de definición de acto médico ensayadas por Renaut en el año 1999, Bouteille en el año 2001, Feuillet en el año 2006, Mémeteau en el año 2010, Clément Cousin concluye la evidente ausencia de una definición doctrinal unificada de la noción, en la medida que no se logra un acuerdo en aspectos como saber si el acto médico es un acto que ejecuta el médico o si este se puede practicar por otro profesional, si su objetivo es netamente terapéutico o no, o si se trata de un acto sobre el cuerpo humano o si puede ser practicado sobre el espíritu¹⁵⁰.

De este modo, Clément Cousin se lanza a redefinir la noción de acto médico, a partir de una síntesis de las otras definiciones y el diseño de la base para una extensa reflexión. Partiendo de una afirmación respecto a la ineficacia de algunos de los elementos utilizados por Savatier, por ejemplo, el que tiene que ver con la técnica utilizada y el propósito del acto médico. Respecto al primer elemento el autor señala que la noción de acto médico es indiferente a la técnica usada para efectuar el acto, pues el acto será médico bien si se funda en una técnica atípica o en una técnica nueva como

150 Ibid., p. 36.

la telemedicina. En cuanto al segundo, manifiesta que es difícil de usar en razón a la diversidad de los objetivos de la medicina.

En este orden de ideas, el autor construye varias reglas que permiten redefinir la noción de acto médico, así:

- El acto médico es el enseñado en la Facultad de Medicina, en la medida que para su ejecución se requiere el empleo de conocimientos biológicos: esta definición coincide con el carácter profesional del acto médico.
- El médico es el autor autorizado para realizar todos los actos médicos: esto es consecuencia de que él obtiene una autorización para el ejercicio de la medicina (título profesional).
- El autor estima que otros profesionales paramédicos como los enfermeros, si bien no tienen autonomía para efectuar un acto médico, pueden ser autorizados para hacerlo.
- Igualmente considera que hay otros profesionales no médicos, como los fisioterapeutas y los psicólogos que poseen cierta autonomía para la acción en materia de actos médicos.

Como se puede observar, Cousin redefine la noción de acto médico a partir del elemento atinente al autor del mismo, otorgándole una interpretación bastante amplia.

En el marco integrador de la Unión europea han surgido igualmente propuestas para definir el acto médico. El Comité de Expertos en Problemas Legales del Consejo de Europa lo define como “todo tratamiento, intervención o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad”. Por otra parte, se encuentra la definición adoptada por la Unión Europea de Médicos Especialistas, según la cual el acto médico es “el conjunto de pasos efectuados, en todos los campos de la salud, exclusivamente por un médico, con la finalidad de formular un diagnóstico, seguido, si es necesario, de la aplicación de acciones terapéuticas (médicas y/o quirúrgicas) o preventivas”¹⁵¹.

En Colombia no existe una definición legal de acto médico. Sin embargo, en defecto de ella, la jurisprudencia ha intentado definirlo. Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el acto médico consiste en “la actividad

¹⁵¹ Morillas, Lorenzo y Suárez, José. *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, 2014. p. 455.

desplegada en orden a obtener el alivio o la curación del paciente mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de su enfermedad y, de ser el caso, la cirugía que se recomienda”¹⁵². Igualmente, ha manifestado que se entiende por tal “toda aquella actividad mediante la cual el galeno se compromete a emplear su habilidad y sapiencia con miras a curar al enfermo; para tal efecto, debe desarrollar un conjunto de labores encaminadas al diagnóstico, pronóstico y tratamiento de aquel y, de ser el caso, a intervenirlo quirúrgicamente”¹⁵³. Como puede observarse estas definiciones, luego de hacer referencia a las distintas etapas que pueden presentarse en el desarrollo del acto médico, se centran en el objetivo del mismo indicando que su propósito es curar al enfermo.

Por su parte, la doctrina médica y jurídica han aportado también a la construcción de una definición de acto médico, sin embargo, dicha doctrina no es abundante. Fernando Guzmán¹⁵⁴, por ejemplo, desde un punto de vista médico-legal señala que el acto médico es una forma especial de relación entre el médico y el paciente, en la cual el enfermo por lo general acude al **médico motivado por una alteración de la salud, dado que el profesional es quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo con sus capacidades y el tipo de enfermedad. A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.**

El citado autor indica cuatro características que distinguen al acto médico, a saber, (1) la profesionalidad del acto, es decir, que solo un profesional de la medicina puede efectuar un acto médico; (2) la ejecución típica, es decir, conforme a la *lex artis ad hoc*; (3) el objetivo, que no es otro que la curación o rehabilitación del paciente; y (4) la licitud, es decir, que el acto médico debe ser concordante con el orden jurídico.

Por otro lado, desde el análisis de la esencia del acto médico, se destaca la reflexión del médico Mauricio Besio quien se muestra en oposición a la consideración teórica que pretende establecer que la decisión del médico es solamente fruto de un análisis cuantificado de la experiencia recogida en la literatura médica en grupos de pacientes lo más parecidos posible al caso particular al que un médico se enfrenta; en efecto, el autor considera que dado que el paciente es único e irrepetible, el médico debe concebir el acto desde una consideración global e integral del ser humano. Para lograr ello Besio manifiesta que el médico debe tener en cuenta los criterios de normalidad

152 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 Julio de 2010. Op. cit.

153 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 septiembre de 2014. M. P. Margarita Cabello.

154 Guzmán, Fernando y otros. El acto médico. Implicaciones éticas y legales. *Acta Médica Colombiana*, No. 3, vol. 19 (may.-jun. 1994); p. 139.

estructural, funcionalidad operativa y tendencialidad o consideración teleológica del ser humano¹⁵⁵.

Entre otras de las definiciones intentadas en el país, destacamos también aquella elaborada por el jurista Carlos Ignacio Jaramillo para quien el acto médico debe ser entendido como el “conjunto coordinado de acciones (u omisiones) ejecutadas por un profesional de la medicina en el marco del ejercicio de su profesión, con fundamento en sus conocimientos profesionales y experticia técnica, con la inequívoca finalidad de preservar la vida, la salud y la integridad del ser humano en clara sintonía con la ley de su arte (*lex artis*)”¹⁵⁶.

De esta definición se pueden extraer los elementos constitutivos del acto médico, a saber: (1) el acto médico puede presentarse en el campo de la acción como de la omisión; (2) el acto se reserva solo para el médico que posee título adecuado para ejercer la medicina; (3) la profesionalidad del acto que para el autor significa actuar bajo los cánones profesionales (*lex artis*) y (4) la finalidad altruista del acto, es decir, la búsqueda de la preservación de la vida e integridad del paciente.

Como puede observarse, en términos generales, esta definición reúne la casi unanimidad de los criterios que han sido tenidos en cuenta por la doctrina médica, por la doctrina jurídica y por la jurisprudencia al momento de definir lo que debe entenderse por acto médico. Y es que esta definición no es de poca monta, en la medida que, desde la perspectiva del derecho, el acto médico se concibe como el hecho generador de la responsabilidad civil médica.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta que el acto médico se compone de varias fases, siendo las principales la del diagnóstico, la del tratamiento y la de la vigilancia postoperatoria, encontramos que la culpa médica puede cometerse en cualquiera de dichas fases: el diagnóstico, la prescripción o escogencia de los tratamientos, la puesta en marcha de la prescripción o la vigilancia postoperatoria del enfermo. Y en tal entendido, las culpas más comunes que se presentan en este ámbito son la culpa en el diagnóstico, la culpa en el tratamiento y la culpa en la vigilancia postoperatoria.

155 Besio. Op. cit., p. 53.

156 Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica*, 2011. Op. cit., p. 61.

2.1.3. LA CULPA EN EL DIAGNÓSTICO, EN EL TRATAMIENTO Y EN LA VIGILANCIA POSTOPERATORIA

El diagnóstico y el tratamiento constituyen las etapas del acto médico que más se han prestado a interpretaciones, sobre todo para los juristas, para quienes este campo resulta extraño y desconocido.

No existe duda de que el diagnóstico se entiende como un acto médico en la medida que su ejecución ha sido reservada al profesional médico, a causa de su potencial complejidad y su amplio efecto consistente en elaborar la razón o razones terapéuticas y autorizar el atentado sobre el cuerpo humano.

En el lenguaje corriente el diagnóstico hace referencia al arte de identificar una enfermedad basándose en sus signos y síntomas, por lo cual, es la primera y más importante etapa de la actividad del médico, por cuanto de esta depende el tratamiento que se decida acoger y en cierto modo el éxito de la intervención médica. El diagnóstico ha sido definido como el acto por el cual un médico, agrupando los síntomas que presenta el paciente, los relaciona con una enfermedad que tiene su lugar en el marco nosológico¹⁵⁷. El diagnóstico está constituido por el conjunto de actos que tienen por finalidad la constatación de la naturaleza y trascendencia de la enfermedad que sufre el enfermo.

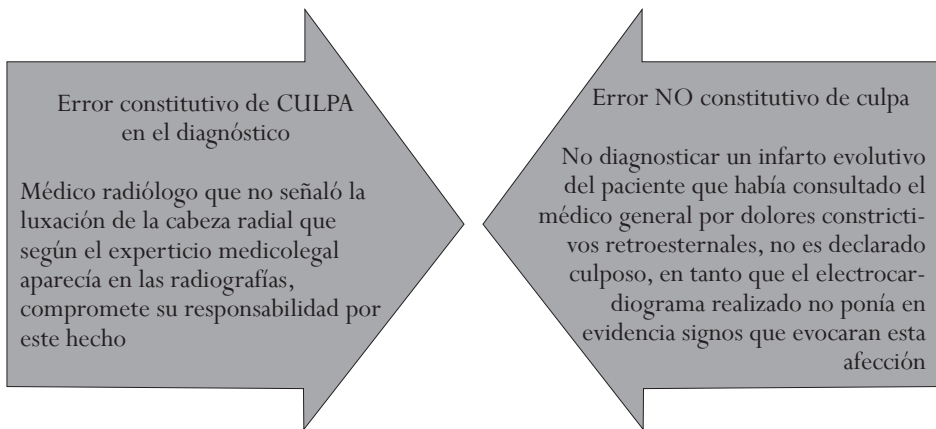
Así pues, el diagnóstico como acto fundamental de la actuación médica es al mismo tiempo el más impreciso. En efecto, muchas veces debido a la variedad de procesos patológicos y de síntomas análogos, comunes o insólitos, difíciles de interpretar, el médico debe escoger uno entre varios diagnósticos que se presentan como posibles, lo cual no facilita su labor dentro de esta primera etapa trascendental del proceso médico.

Coincidiendo con la doctrina *francesa*, así lo ha afirmado nuestra jurisprudencia administrativa cuando señala que para determinar si hubo *culpa en el diagnóstico*, resulta necesario investigar si el médico adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico, es decir, lo que debe evaluarse, en cada caso concreto, es si se utilizaron todos los recursos (medios), esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado.¹⁵⁸ Pues no olvidemos que es doctrina aceptada internacionalmente, que solo el *error en el diagnóstico* no compromete la responsabilidad del médico, pues un *error* de este tipo no constituye por sí mismo una culpa profesional.

157 Penneau, Jean. *Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*. Op. cit., p. 3.

158 Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 febrero 2000, exp. 11878. CP. Alier Hernández.

En este punto, es indispensable recalcar la diferencia que por mucho tiempo se ha realizado entre la culpa y el error en el diagnóstico, para concluir que el solo *error en el diagnóstico* no compromete la responsabilidad del médico. Empero, realizar esta distinción (culpa – error) no resulta sencillo, más cuando a menudo el término “error” es utilizado por la jurisprudencia para calificar la “culpa”. Sin embargo, para lograr esta diferenciación se ha acudido a un estudio del criterio tomado por la jurisprudencia durante muchos años, concluyéndose que existe una divergencia “según la dificultad del diagnóstico”, así cuando el diagnóstico es evidente el error es constitutivo de culpa y cuando el diagnóstico es complejo el error no es constitutivo de culpa.



Al médico no le es cuestionable, entonces, el error en sí mismo sino el comportamiento inexcusable que lleva a cometerlo, por lo tanto, el error que exime de responsabilidad no se refiere a una anomalía de conducta, sino a una equivocación en el juicio. En efecto, el diagnóstico es el resultado de un juicio. Por lo tanto, el diagnóstico será erróneo si el juicio es falso. Pero, aún en ese campo, incluso en presencia de elementos que juzgados *a posteriori* parecen evidentes, es posible que el médico más competente, más lúcido y más diligente se pueda equivocar¹⁵⁹.

Así pues, se recalca la dificultad que en la práctica existe para diferenciar entre el *error* y la *culpa* en el diagnóstico, más cuando a menudo la misma jurisprudencia y la doctrina usan ambos términos indistintamente. Para superar este problema la doctrina colombiana recomienda basarse en los

159 Penneau, Jean. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. Op. cit., p. 147.

critérios que han sido adoptados por otras legislaciones europeas, como, por ejemplo, recurrir a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la negligencia médica evidente y flagrante en la apreciación de los signos y síntomas¹⁶⁰.

Tal como lo sostiene la doctrina francesa,¹⁶¹ existe un gran número de diagnósticos a los cuales el médico debe llegar con exactitud en presencia de síntomas característicos o exámenes con consecuencias lógicas indiscutibles. En este caso, cuando los signos cardinales de una enfermedad son reunidos o cuando un examen de laboratorio arroja una prueba indiscutible, se estima que es seguro que un médico prudente habría hecho el diagnóstico, por lo tanto, es por culpa o negligencia que no se ha hecho. En tal entendido, “un error de diagnóstico constituye una culpa solamente si proviene de ligereza, de negligencia o de la omisión de procedimientos conocidos o si el médico no se rodea de los métodos de investigación que la ciencia pone a su disposición”. Por ejemplo, el diagnóstico de apendicitis es en apariencia banal, pero ha sido considerado difícil de determinar. En tal entendido, si un primer médico se ha contentado con un examen superficial y un rápido interrogatorio al paciente, y si un segundo médico procede a realizar un examen minucioso y profundo, ambos comenten el mismo error en el diagnóstico, pero en el primer caso constituye una culpa por haber violado el deber de diligencia que el segundo médico si respetó, incurriendo en un simple error no culposo. Igualmente, si el médico no ha leído correctamente una radiografía donde la lesión aparece evidente, una fractura, por ejemplo, la culpa puede ser afirmada sin discusión; por el contrario, si la lesión es discutible y dudosa, es necesario esmerarse en saber si todos los exámenes radiológicos complementarios han sido aconsejados o realizados.

La determinación del diagnóstico resulta entonces una tarea bastante delicada, donde el médico no solo se encuentra frente a un abanico de posibilidades médicas debido a la variedad de síntomas y signos, sino que también se enfrenta a la apreciación *ex post* que realiza el juez, quien conceptúa el caso una vez ya no existe incertidumbre frente al diagnóstico. En verdad, “aquello que es fácil establecer *a posteriori*, cuando el error ha aparecido, es a menudo difícil *a priori*, al momento que el diagnóstico debe ser hecho”¹⁶², pues hay en ese momento “la parte de chance, de intuición, el pensamiento repentino, el recuerdo que llega, no se sabe cómo, de un caso semejante, de

160 Yepes, Sergio. *La responsabilidad civil médica*. Op. cit., pp. 96 ss. Suescún, Jorge. Derecho privado. Op. cit., p. 399.

161 Penneau, Jean. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. Op. cit., p. 147.

162 *Ibid.*

una lectura. Todo ello puede conducir hacia el camino de la exactitud, pero puede también llevar hacia una falsa pista que se sigue con certeza”.

La apreciación de este acto ha sido objeto de múltiples manifestaciones doctrinales. Hay, por ejemplo, quienes expresan que “... para el juez es muy fácil decir que el médico debió haber ordenado una resonancia magnética para hacer un diagnóstico oportuno en el caso de un paciente con cefalea que resultó tener un tumor intracraneal... para el juez... las cosas aparecen demasiado obvias, situación que es terriblemente desventajosa para el médico quien se enfrenta a un paciente que puede tener muchas posibilidades diagnósticas. ¿Debería el médico entonces hacer todas las pruebas diagnósticas necesarias para descartar las eventualidades más remotas? ¿A qué extremo de gasto innecesario en salud nos llevaría esto? [...]”¹⁶³.

En este orden de ideas, se ha considerado que en el momento de determinar la responsabilidad, la comparación con el modelo del médico prudente y diligente colocado en las mismas condiciones externas que el demandado, debe hacerse no respecto a los resultados sino a los medios empleados para la elaboración del diagnóstico. Así, “la cuestión no es saber si el médico prudente y diligente habría o no cometido el mismo error de diagnóstico, sino saber cuáles medios él habría empleado para llegar al diagnóstico exacto y si esos medios han sido utilizados, y, en caso negativo, cuáles han sido empleados y por qué, y la respuesta dada a esta última pregunta, si ellos habrían comprometido el modelo de referencia en la misma vía”¹⁶⁴.

En Colombia, no obstante la posición de la jurisprudencia administrativa, para quien lo que interesa es analizar si el médico utilizó todos los medios aconsejables por la ciencia para llegar a un diagnóstico acertado; es de resaltar que en el año 1942 la Corte Suprema de Justicia, acogió un planteamiento en total contradicción con el actual del Consejo de Estado¹⁶⁵, al señalar que cuando se tratara de casos que la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, el error de diagnóstico o de tratamiento no admitía excusa, pues había de presumirse que en presencia de uno de esos casos un médico competente y diligente no podía ignorar lo que le correspondía hacer para salvar la vida del paciente.

163 Castaño, Ramón. *Medicina, ética y reformas a la salud. Hacia un nuevo contrato social con la profesión médica*. Bogotá: Ecoe, 2ª. ed., 2000. p. 84.

164 Penneau, Jean. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. Op. cit., p. 147.

165 Debido a su importancia y vistas las imprecisiones de alguna parte de la doctrina en cuanto al señalamiento del fallo contentivo de esta posición, se precisa que la sentencia en cuestión es la siguiente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 marzo 1942. M. P. José M. Blanco. G. J. LII, p. 920 y ss. En sentido contrario Suescún Op. cit., p. 399.

Con relación a este aspecto, la Corte Suprema de justicia ha señalado que el médico incurre en *culpa de diagnóstico o tratamiento*, cuando actúa con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, o cuando a consecuencia de aquello ordena medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad,¹⁶⁶ o cuando ese estado de agravación se presenta por exponer al paciente a un riesgo injustificado¹⁶⁷.

Como puede observarse, la determinación del diagnóstico por parte del médico no es una tarea sencilla y se enfrenta, entre otros factores, a los controles de gasto de las entidades donde desarrolla su labor, a la prohibición de exigir al paciente exámenes innecesarios¹⁶⁸ y finalmente a la prohibición de no someter al paciente a riesgos injustificados.

El diagnóstico no puede asimilarse a una operación matemática pues el elemento aleatorio que lo acompaña no lo permite, un médico incluso el más preparado, que haya realizado un estudio concienzudo y atento del estado de salud del enfermo, puede emitir un diagnóstico equivocado. Con acierto se señala que para lograr un diagnóstico acertado no se trata de practicar un número excesivo de exámenes que podrían resultar inútiles o incluso peligrosos para el paciente. Por consiguiente, podría decirse que la responsabilidad del médico en esta etapa de su actividad, puede comprometerse cuando, por ejemplo, se llegue a conclusiones tan absurdas a las que un médico normal no habría llegado; o cuando haya hecho un diagnóstico a la ligera, sin practicar los exámenes que en supuestos normales habría sido correcto efectuar, pues no debe olvidarse que el médico debe discutir previamente la oportunidad de cada examen, evaluando bien el beneficio que se puede obtener de él.

De otro lado, teniendo en cuenta el desarrollo de las distintas especialidades médicas, frente a un evento delicado de diagnosticar, el médico que no conoce del tema debe necesariamente obtener el concepto de un especialista, pues en el seno de una especialidad se podrán encontrar respuestas más puntuales. Del mismo modo, por consistir en una tarea difícil, el profesional no debe olvidar su deber de consagrar un tiempo suficiente para llevarla a cabo, pues si actúa muy rápido puede pasar por alto exámenes necesarios, puede no ver síntomas evidentes o abstenerse de realizar investigaciones complementarias aunque los síntomas persistan¹⁶⁹; igualmente, debe ser atento, concienzudo

166 Lorenzetti. Op. cit., p. 183.

167 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 septiembre 2002. Exp. 6199. M. P. Nicolás Bechara.

168 Artículo 10 par. 1 de la Ley 23 de 1981.

169 En este sentido, Paley-Vicent, Catherine. *Responsabilité du médecin*. Paris: Elsevier Masson, 2002. p. 42.

y tomar todas las precauciones necesarias para así lograr un diagnóstico acertado haciendo uso de los medios que la ciencia le ofrece.

Con el fin de lograr una comprensión más clara con relación a la responsabilidad que deriva de esta fase del acto médico, a continuación se enlistan algunos casos que han sido resueltos por nuestra jurisprudencia y que pueden ser catalogados como constitutivos de culpa en el diagnóstico:

- La responsabilidad por desacierto en el diagnóstico y tratamiento del médico quien no obstante el evidente resultado de la radiografía que mostraba la urgente necesidad de hospitalización del paciente, diagnosticó lesión ortopédica, colocando bota alta de yeso y ordenando reposo, tratamiento desacertado que degeneró en gangrena y posterior amputación del miembro inferior izquierdo¹⁷⁰.
- El retardo en el diagnóstico por omisión inicial de practicar un TAC –examen urgente recomendado por la ciencia médica en caso de trauma cerebral–¹⁷¹.
- La omisión de practicar exámenes previos que hubieran brindado una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la paciente y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a biopsia cuya práctica no era indicada para el caso que culminó en paraplejia e incontinencia de esfínteres¹⁷².
- El retardo en el diagnóstico por omisión de exámenes necesarios que permitieran diagnosticar a tiempo la inminencia de la ruptura uterina y expulsión del feto a la cavidad abdominal, que culminó en retardo mental severo del recién nacido e imposibilidad para engendrar en la madre¹⁷³.
- La falta de diligencia por no utilizar todos los medios que la ciencia ofrece y que la entidad disponía para obtener un diagnóstico acertado de apendicitis retrocecal, negligencia que llevó a que el estado de salud avanzara hasta peritonitis y muerte del paciente¹⁷⁴.

170 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 septiembre 2002. Op. cit.

171 Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 mayo 1999, Exp. 11943. CP. Jesús Carrillo.

172 Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 mayo 1999, Exp. 11169. CP. Ricardo Hoyos, en Anales clxxii, vol. II, 2 sem., 1999, p.540-557.

173 Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 agosto 2000. Op. cit.

174 Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 febrero 2000. Op. cit. En el evento si bien se trataba de un caso de difícil diagnóstico, se consideró que haber actuado con más diligencia y cuidado habría llevado a poner al servicio del paciente todos los medios de que disponían. Resáltese que en el evento el paciente no fue siquiera tratado por un especialista en gastroenterología.

- Culpa del urólogo que no se sirvió de exámenes especializados para obtener un diagnóstico correcto de torsión testicular, que hubiera evitado la pérdida parcial del testículo izquierdo¹⁷⁵.

Ahora bien, no obstante todas las dificultades mencionadas, debe tenerse en cuenta que el diagnóstico no agota las obligaciones del médico en este campo, pues debe no solo diagnosticar correctamente, sino también, adoptar un tratamiento adecuado a la enfermedad y ejercer un vigilancia postoperatoria. En la literatura, se entiende por tratamiento, el conjunto de medios terapéuticos y prescripciones de higiene implementadas con el objetivo de curar una enfermedad¹⁷⁶. Jean Penneau señala igualmente que, dentro de una concepción más amplia, se estima que hay tratamiento desde que se persigue un objetivo curativo, sean cuales sean los métodos empleados y su valor real o supuesto, además, para que pueda hablarse de tratamiento no es necesario que se prescriba un medicamento ni que se realice una intervención quirúrgica. Por su parte, otros autores señalan que el tratamiento debe entenderse como “la manera de manejar y controlar una enfermedad, con el objetivo de curarla, disminuir los peligros, calmar los sufrimientos que causa o de atenuar o disipar las consecuencias que pueda entrañar”¹⁷⁷.

En cuanto al tratamiento a aplicar, el médico dispone de libertad para elegir el que estime más apropiado para el paciente en atención a sus circunstancias, sin embargo, esta libertad encuentra sus límites en los intereses del mismo paciente¹⁷⁸. En efecto, la libertad de prescripción no le permite al médico aplicar tratamientos imprudentes o insuficientemente probados, pues el médico no debe hacer correr al paciente un riesgo injustificado; del mismo modo, dentro de su libertad de prescripción, el médico debe no solo obtener las informaciones personales necesarias para una justa prescripción, sino también, dar al paciente todas las indicaciones sobre los efectos secundarios del tratamiento; también se considera culposa la escogencia de procedimientos que no son conformes con los datos de la ciencia o peligrosos; la prescripción imprecisa del tratamiento y la elección tardía de una intervención quirúrgica.

El médico debe pues sopesar las ventajas, inconvenientes, seguridad, eficacia y consecuencias de las distintas terapéuticas posibles y una vez escogido o prescrito el tratamiento a aplicar, el momento crucial lo constituye su ejecución o puesta en marcha, pues es ahí donde se corre con todos los riesgos ligados a la intervención médica o quirúrgica concreta. Es en el

175 Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 abril 2002, Exp. 13675, CP. Jesús Carrillo.

176 Penneau, Jean. *Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*. Op. cit., p. 5.

177 Para una profundización en el tema consultar Savatier, Rene et ál. Op. cit., p. 246 ss.

178 Welsch, Sylvie. *Responsabilité du médecin*. Paris, Litec, 2003. pp. 178 ss. Savatier, Rene et ál. Ibid.

marco de esta etapa que se analiza si la ejecución fue diligente, prudente, concienzuda, conforme a los datos otorgados por la ciencia médica etc.

A continuación, de modo similar a como se procedió anteriormente, se enlistan algunos casos que han sido resueltos por nuestra jurisprudencia y que pueden constituir culpa en el tratamiento:

- La negligencia en la aplicación de una inyección intrarraquídea de vitamina b6 que generó paraplejía en el paciente¹⁷⁹.
- La negligencia e imprudencia por falta de aplicación a un paciente rabioso del tratamiento preventivo suficientemente estudiado y conocido por la ciencia médica¹⁸⁰.
- La negligencia por olvido de una compresa en el vientre durante una colecistectomía, que ocasionó peritonitis y posterior muerte de la paciente¹⁸¹.
- La negligencia en la aplicación de una inyección intramuscular de un antipirético que comprometió el nervio ciático y generó al paciente un estado de limitación (síndrome de pie caído)¹⁸².
- El retardo en la atención de un parto, no obstante las pruebas de monitoreo indicaban aparente sufrimiento fetal y que finalmente condujo a la muerte del recién nacido¹⁸³.
- La negligencia por haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente luego de una colostomía radical¹⁸⁴.
- La falta de adecuada atención médica; no obstante el riesgo obstétrico establecido por tratarse de tercera cesárea¹⁸⁵.
- La responsabilidad por no haber proporcionado al paciente cuidados concienzudos, atentos, y conforme a los datos adquiridos de la ciencia¹⁸⁶.

179 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 julio 1994, exp. 3656. M. P. Pedro Lafont Pianetta.

180 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 marzo 1942. Op. cit.

181 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 mayo 2005. Op. cit.

182 Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 septiembre 2000, Exp. 11748, CP. Jesús Carrillo.

183 Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 agosto 1992, Exp. 7274. CP. Daniel Suárez. En el evento, si bien se sabía de antemano la incompatibilidad sanguínea existente, desde el comienzo del embarazo la paciente fue considerada dentro de un riesgo obstétrico normal que hacían viable el nacimiento del bebé.

184 Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 noviembre 1992, Exp. 7336. CP. Daniel Suárez.

185 Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 agosto 1992, Exp. 6754. CP. Carlos Betancur.

186 Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 marzo 1992, Exp. 6255. CP. Julio César Uribe. En el evento múltiples acusaciones se realizan a la actuación médica todas dirigidas a demostrar que no se cumplió con la obligación de medios a que está comprometido el cuerpo médico como regla general, por ejemplo, no haber brindado al paciente ninguna atención médica seria y adecuada, haber aplicado un tratamiento totalmente inadecuado y desaconsejable, haber dejado al enfermo grave sin atención médica alguna durante varias horas, etc.

- La deficiente prestación del servicio por no revisar y contar rigurosamente el instrumental quirúrgico dispuesto para una cirugía, en el evento una compresora dejada en el vientre de la paciente luego de una cesárea.¹⁸⁷

Finalmente, en lo que respecta al deber de *vigilancia postoperatoria*, cuyo incumplimiento también es causa frecuente de declaraciones de responsabilidad médica, se debe exigir también toda la diligencia debida, a través del respeto de los datos adquiridos por la ciencia médica. En este sentido, se estima que el médico no puede desinteresarse de su paciente luego de haber cumplido un acto médico determinado, sino que, al contrario, debe adaptar al caso particular una vigilancia médica postoperatoria, pues lo contrario constituye una culpa que compromete su responsabilidad.

A continuación se enlistan algunos casos que han sido resueltos por nuestra jurisprudencia y que pueden ser catalogados como constitutivos de culpa en la vigilancia post operatoria:

- Responsabilidad por incumplimiento del deber de vigilancia del médico cirujano plástico quien luego de realizar una cirugía plástica complicada descuidó la paciente dedicándose solo a pedirle paciencia y aconsejándole la aplicación de una untura por exigencia misma de ella¹⁸⁸.
- Responsabilidad por falta de vigilancia del paciente, quien luego de la cirugía fue dejado con oxígeno, el cual se acabó sin que el personal a cargo se percatara, sobreviniendo paro cardiorrespiratorio y posterior muerte¹⁸⁹.
- Responsabilidad por no observar la debida diligencia y cuidado en los controles postoperatorios, los que le hubieran permitido al médico tratante percatarse de la macro perforación que había sufrido el ojo izquierdo del paciente¹⁹⁰.
- La responsabilidad por falta de una correcta vigilancia de las enfermeras y médico de turno quienes no lograron detectar en el paciente los síntomas que permitían prever una posible bronco aspiración que finalmente se sucedió, entrando el paciente en shock y final deceso¹⁹¹.

187 Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 mayo 1996, Exp. 11301. CP. Jesús Carrillo.

188 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 noviembre de 1986. Op. cit.

189 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 mayo de 1990. Op. cit.

190 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 septiembre 2002. Op. cit.

191 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 septiembre 2002, exp. 6143. En el evento, la responsabilidad también fue compartida por el médico tratante por no haber tenido en cuenta el examen de tromboplastina que le hubiera permitido prever que el paciente podía presentar problemas hemorrágicos. Y la mayor responsabilidad le fue imputada al médico quien al notar el resultado del examen pudo prever que

<i>Ap</i>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p>Un juez de primera instancia no declaró la responsabilidad del médico quien, en atención de urgencias, habiendo suturado mal el nervio cubital, no había evidenciado el estado anatómico de las otras formaciones nerviosas del plexo braquial, omitiendo de diagnosticar las lesiones del nervio cutáneo medial. Para ello sustentó su decisión en el hecho de no haber pruebas respecto de la omisión culposa en el diagnóstico en razón a que la historia clínica había sido pésimamente diligenciada y estaba llena de lagunas.</p> <p>Con base en la anterior premisa, reflexione alrededor de las siguientes preguntas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) ¿Cree usted que la obligación de verificar la integridad y exactitud de los contenidos de la historia clínica constituye un defecto de diligencia, de pericia o de prudencia? 2) ¿Si usted está de acuerdo en que dicho comportamiento configura alguna de las modalidades de culpa antes estudiadas, considera que esa violación puede o no apreciarse de suyo como un inexacto cumplimiento de la correspondiente prestación médica? 3) ¿Usted cambiaría la decisión de primera instancia y en su lugar declarararía la responsabilidad? ¿Por qué?
-----------	--

2.1.4. LA CULPA POR VIOLACIÓN DE UN DEBER DE HUMANISMO MÉDICO

Todo lo dicho hasta este momento nos permite afirmar que no existe duda de que la jurisprudencia ha constantemente enunciado que la culpa médica, incluso la más leve, es susceptible de comprometer la responsabilidad, cualquiera sea su naturaleza, contractual o extracontractual. Desde esta perspectiva, constituyen culpa susceptible de comprometer la

el sangrado continuaría, sin embargo, ordenó Valium en clara contradicción a la regla de mantener despierto al paciente.

responsabilidad médica, todas aquellas faltas a los deberes de prudencia, diligencia y pericia, de los cuales hemos tenido ocasión de hablar. Por su parte, todo lo concerniente a la culpa que compromete la técnica médica y todo lo atinente a la denominada culpa por violación de un deber de humanismo médico, se han considerado un campo un poco más delicado de examinar.

La *culpa técnica*, como se conoce en el ámbito internacional, concierne el ejercicio del arte médico y corresponde a la inejecución o a la mala ejecución de la obligación de asistencia médica, por lo cual, esta clase de culpa puede ser variada y aludir a los distintos estadios de la actividad médica, por ejemplo, a la actividad diagnóstica o a la ejecución técnica del tratamiento. Sobre esta culpa ya hemos tenido ocasión de reflexionar, por lo cual, en este espacio, se hace necesario revisar lo que se ha denominado como *culpa por violación de un deber de humanismo médico*, la cual, involucra distintas situaciones, por ejemplo, el abandono del enfermo, emprender una intervención inútil o una intervención cuyos riesgos son desproporcionados en relación con el beneficio que se puede reportar con la misma, la infracción al deber de informar al paciente, el defecto en el consentimiento informado del mismo, la violación del secreto profesional médico, entre otros¹⁹².

A continuación, se hará una breve referencia específicamente al deber que le asiste al profesional médico de obtener el consentimiento informado del paciente, no sin antes insistir en que el incumplimiento de los distintos deberes que involucran la ética profesional médica, puede también comprometer la responsabilidad, en la medida que se constituyan como una *culpa médica en sentido deontológico*¹⁹³. En efecto, las normas de ética profesional o de humanismo médico, han cobrado, en los últimos años, un lugar preponderante en la valoración de la prestación médica, debido a la necesidad de incorporar criterios no comerciales y evitar la deshumanización de la medicina¹⁹⁴. En consecuencia, estas normas, consagran ciertos deberes cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad no solo civil, sino también penal y disciplinaria del profesional de la medicina.

En lo que respecta a la importancia actual del consentimiento informado dentro de la relación médico-paciente, es importante recordar el cambio que operó desde la visión clásica paternalista o asistencialista hacia la visión

192 Fernández, Mónica. La protección del paciente frente a los deberes de información y secreto profesional médico. *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores* No. 35, vol. XVIII (ene.-jun. 2015); pp. 153-168. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2015000100009&script=sci_abstract&tlng=es

193 Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica*. Op. cit., p. 85.

194 Lorenzetti. Op. cit., p. 214.

autonomista. La visión clásica paternalista, puesta en tela de juicio desde la última mitad del siglo XX como consecuencia de la trascendencia que adquirirían los valores como la autonomía personal, la autodeterminación y la dignidad, producía que el profesional sanitario asumiera por completo la responsabilidad frente a su paciente, por ejemplo, frente a la decisión sobre el tratamiento que éste debía seguir. Conforme a esta visión, se consideraba que el enfermo no era depositario del saber necesario para curar la enfermedad; por lo tanto, sus opiniones resultaban indiferentes al momento de tomar las decisiones relativas a los medios curativos¹⁹⁵ y era solo el médico, el único que podía valorar las condiciones del paciente, establecer los medios diagnósticos y terapéuticos más acordes, presentándole una información seleccionada, a tal punto que el médico lo informaba autoritariamente de las propias decisiones. En este modelo, la autonomía del paciente se colocaba en un segundo plano, pues aceptaba la propuesta, así no le gustara.

A partir de los cambios axiológicos que empezaron a presentarse, se planteó la posibilidad de modificar los términos tradicionales de la relación médico-paciente, de manera tal que la asistencia médica se comenzó a condicionar al consentimiento del paciente. Se patrocinó de este modo una posición autonomista que abogaba por el respeto de las decisiones personales. Consentimiento que tenía por necesario presupuesto el derecho a la información del paciente y el cual es un desarrollo de su propia autonomía, así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad.

La expresión “consentimiento informado” fue importada de los Estados Unidos, donde el término *informed consent*, al parecer, emergió por primera vez en el año 1957 en el Estado de California¹⁹⁶. La estructura estándar de la figura enseña que el papel del médico es explicar al paciente su condición clínica y las varias posibilidades de diagnosis y de terapias a fin de permitirle valorar dicha información y tomar la decisión que considera adecuada y aceptable. De este modo, el objetivo de la obligación de obtener el consentimiento informado, desde un punto de vista ético, es promover la autonomía del individuo en el ámbito de las decisiones médicas, autonomía que, como se dijo, fue descuidada durante la época del paternalismo médico.

Así pues, la potestad de curar de la cual son investidos los profesionales de la medicina, encuentra un límite en la voluntad del paciente en razón a

195 Fiori, Angelo. *Medicina legale della responsabilità medica*. Milano: Giuffrè, Tomo I, 1999. p. 119.

196 Fiori. *Ibid*, p. 110.

que se trata, en la mayoría de los casos, de un individuo psíquicamente capaz de autodeterminarse en relación a sus propias necesidades de salud¹⁹⁷, por ello, el consentimiento informado constituye el presupuesto de legitimidad del acto médico y en consecuencia, su violación abre el paso a la posibilidad de comprometer su responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

Hoy en día no se discute la enorme importancia que trae consigo la obtención de dicho consentimiento, a tal punto que todo tratamiento, aún el más elemental, requiere del consentimiento *idóneo* del paciente¹⁹⁸, el cual se presenta cuando éste acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa, adecuada y suficiente acerca de todas las alternativas de curación y los posibles riesgos que implique dicha acción. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se le haya proporcionado una información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

El consentimiento debe ser entonces ilustrado, idóneo, concreto y previo, ningún consentimiento implícito puede ser deducido del silencio del paciente; su prueba estará a cargo del demandado, “en atención a la situación de privilegio en que se encuentra fácticamente, para procurar la verdad dentro del proceso”¹⁹⁹, y si bien, como regla general, no existe en nuestra legislación la obligación del consentimiento escrito, se aconseja que el consentimiento para someterse a una intervención médico-quirúrgica se documente y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica.

El artículo 15 de la Ley de Ética Médica hace alusión de manera específica a este elemento, cuando señala concretamente el deber que existe para el profesional de la medicina de pedir el consentimiento del paciente “para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente”. La necesidad de obtener dicho consentimiento se ha convertido, entonces, en un deber establecido tanto en el ámbito de la medicina pública como de la privada y no está ligado a la simple existencia de un contrato, pues aún en los eventos donde este no existe, se requiere su obtención.

197 Salvo los eventos de consentimiento sustituto para los casos de menores y discapacitados mentales, eventos en los cuales los padres, representantes legales o curadores, deben intervenir permanentemente en el cuidado de la persona para obtener el pronóstico o para prever la enfermedad, diagnosticarla, tratarla, etc. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 mayo de 2017. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

198 Corte Constitucional, Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes.

199 Corte Constitucional T-401/94. Op. cit. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 septiembre de 2014. Op. cit.

En este orden de ideas, el consentimiento, comúnmente calificado como informado o ilustrado, depende estrechamente de la información dada por el médico al paciente dentro del marco de una relación de confianza, pues el consentimiento es el efecto de la información. Dicho de otro modo, el médico no puede proceder a un acto o intervención médica sin obtener el consentimiento del paciente, y este a su vez, no se puede conseguir sino a través de la información que el médico le suministre. El deber de información se convierte de este modo en uno de los deberes más relevantes en la relación médico-paciente, con inocultable prosapia constitucional, al ser emanación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad²⁰⁰.

El consentimiento informado, se entiende, entonces, como un acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, expresado de forma libre o consensual, y que puede acreditarse con todos los medios de prueba, como por ejemplo, la prueba documental, la confesión, los testimonios, etc.²⁰¹

Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

La manifestación del paciente en torno a conocer las circunstancias que rodean su situación de salud y, eventualmente, la autorización de una intervención quirúrgica, no es otra cosa que la exteriorización de ser consciente y haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido; contrariamente, de no estar enterado de todo ello, difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado²⁰².

La Corte se ha pronunciado en muchas de sus decisiones acerca de la medular trascendencia de la obligación que le asiste al profesional de la salud, de obtener el consentimiento informado del paciente. El alto Tribunal ha expresado que su omisión no solo vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad, sino la relación jurídica, “comoquiera que los negocios jurídicos de esta especie –y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal–, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas”²⁰³. El médico, debe pues, en aras

200 Corte Constitucional, Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995. M. P. Alejandro Martínez.

201 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 2011. M. P. William Namén.

202 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 septiembre de 2014. Op. cit.

203 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 2011. Op. cit.

de obtener el consentimiento informado de su paciente, suministrarle una información razonable, clara, adecuada, correcta, veraz, leal, suficiente o comprensible al paciente, acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos que puedan afectarlo física o síquicamente, la utilidad del tratamiento sugerido y otras alternativas o su ausencia.

Como lo expresa la jurisprudencia:

“... la información dada debe ser: i) veraz, en cuanto el médico no puede omitirla o negarla, pues carece de la facultad de decidir lo mejor para el enfermo, si éste goza de capacidad de disposición de sus derechos; ii) de buena calidad, mediante una comunicación sencilla y clara, con el fin de que el interlocutor comprenda la patología padecida y el procedimiento a seguir; y iii) de un lenguaje comprensible, entendible, pues en muchas ocasiones lo técnico resulta ininteligible, confuso e incomprensible”²⁰⁴.

La obtención del consentimiento para la práctica de un acto médico exige entonces que al paciente se le haga conocedor de “todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas”²⁰⁵. Y con relación a los riesgos, la ley de Ética Médica establece que el médico no debe exponer al paciente a riesgos injustificados y además, indica que debe informar sobre el “riesgo previsto” por reacciones adversas, inmediatas o tardías²⁰⁶. Deber que cumple “con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”²⁰⁷, debiendo, además, dejar constancia “en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerlo”²⁰⁸.

En materia de riesgos, se tiene por sentado que el deber de información conlleva coetáneamente la obligación de advertir y señalar en forma principal los riesgos que comporta el acto, de manera tal que “con o sin información y consentimiento informado”, la responsabilidad del médico cuando acaecen reacciones adversas, inmediatas o tardías, no va más allá del riesgo previsto²⁰⁹, salvo que haya expuesto al paciente a riesgos injustificados²¹⁰,

204 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 mayo de 2017. Op. cit.

205 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 septiembre de 2014. Op. cit.

206 Artículos 16 de la Ley 23 de 1981 y 10 del Decreto 3380 de 1981.

207 Artículo 10 del Decreto 3380 de 1981.

208 Artículo 12 del Decreto 3380 de 1981.

209 Artículo 16 de la Ley 23 de 1981.

210 Artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

o actúe contra su voluntad o decisión negativa o, se trate de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos, pues en estos eventos, el médico sí será responsable frente a esos riesgos, entendiendo que existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño²¹¹.

En efecto, el médico no puede exponer a su paciente a riesgos injustificados, es decir, aquellos que no corresponden a las condiciones clínico-patológicas del paciente e incrementan innecesariamente los riesgos y además, está obligado a informar y obtener el consentimiento sobre los riesgos previstos o previsibles *teniendo en cuenta el estado y avance de la ciencia médica*, es decir, los efectos adversos que por previsión pueden llegar a presentarse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico. De tal modo, la responsabilidad en este ámbito se circunscribe al incumplimiento del deber de informar todos los *riesgos previstos* y cuando se somete al paciente a *riesgos injustificados*.

Respecto de los riesgos *imprevisibles, infrecuentes o atípicos*, es decir, aquellos eventos de carácter excepcional y fortuito, de imposible o difícil previsión, se estima que de presentarse, son considerados como un caso fortuito, operando un rompimiento del nexo causal, por lo cual, respecto de ellos no cabrá imputar responsabilidad.

En este punto, cabe destacar la importante modulación que expresa la Corte Suprema en el siguiente sentido:

No puede llegarse al extremo de exigir que se consignen en el «*consentimiento informado*» situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen muy bajo de probabilidad que ocurran... la «*hemólisis*» como motivo secundario, al tener un margen tan insignificante del cero punto veinticinco por ciento (0.25%) de los pacientes, encaja dentro de situaciones de «*difícil previsión*» que justifica el silencio sobre la misma.²¹²

Esta determinación tendría que ser detenidamente analizada, en la medida que se acerca sustancialmente a lo que el legislador francés ha convenido alrededor del alcance del deber de información. En efecto, el artículo L. 1111-2 del Código de Salud Pública de Francia establece lo siguiente:

La información que se brinda al paciente se refiere a las diversas investigaciones, tratamientos o acciones preventivas que se proponen,

211 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 02 marzo de 2016. M. P. Margarita Cabello. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 2011. Op. cit.

212 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 septiembre de 2014. Op. cit.

su utilidad, su posible urgencia, sus consecuencias, los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles y las consecuencias previsibles en caso de rechazo²¹³.

Con esta consagración, la ley *Kouchner* puso en entredicho la jurisprudencia que, con anterioridad a su entrada en vigencia, postulaba que la sola circunstancia de que los riesgos conocidos solo se realizaran excepcionalmente, no dispensaba a los médicos de su obligación de informarlos al paciente. En efecto, dado que el nuevo texto legislativo no menciona a los riesgos excepcionales, este hecho ha sido interpretado como una posible censura a esa jurisprudencia²¹⁴.

Así pues, cuando el paciente ha sido expuesto a riesgos previsibles de los cuales no ha sido informado y en consecuencia, de los cuales no ha consentido, se estima que la responsabilidad del médico queda comprometida cuando haya una relación de causalidad entre la falta de información y el daño causado, es decir, siempre que se pruebe que el daño proviene de un riesgo que debió ser advertido o informado y no lo fue. En estos casos de daños que resultan de faltas a una obligación de información, la jurisprudencia no duda en admitir la indemnización a título de pérdida de chance. En efecto, en este especial evento, cobra importancia la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, de la cual hablaremos más adelante.

Por ahora hagamos referencia a aquellos casos de urgencia destinada a prevenir un peligro inmediato para la vida del paciente, es decir, se trata aquellos casos que en ámbito global se conocen como los hallazgos o el descubrimiento de una lesión imprevista en el curso de una intervención, por ejemplo, cuando en el curso de una intervención el cirujano descubre una afección distinta a aquella diagnosticada, necesitando una intervención diferente a aquella consentida por el paciente, aquí, surge la incertidumbre para el profesional, entre posponer la nueva intervención para obtener el consentimiento o de al contrario, por la urgencia y necesidad absoluta de la intervención, considerar que se encuentra autorizado para continuar la misma aún sin consentimiento del paciente, permitiendo de este modo evitarle los riesgos de una segunda intervención.

En el derecho comparado, este evento ha sido resuelto a través de las figuras denominadas como “estado de necesidad médica” (Italia), “consentimiento implícito” (Francia) o “consentimiento presunto” (España),

213 Ley No. 302 del 4 marzo de 2002, Art. L 1111-2.

214 Truchet, Didier. Hôpitaux (Responsabilité des services hospitaliers). *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, 2016. p. 1.

las cuales en términos generales coinciden afirmando que el médico no tendría que posponer la segunda intervención a efecto de obtener el consentimiento del paciente, cuando esta se funda en la necesidad de salvar al paciente de un peligro actual e inminente, de un daño grave a su salud o incluso la vida, siempre, claro está, que la intervención médico-quirúrgica sea proporcional al peligro. Esta justificación operaría entonces, por ejemplo, cuando practicando una intervención de extirpación de la vesícula biliar, el médico se encuentre en presencia de una apendicitis inflamada con peligro de peritonitis, y decide entonces extirpar también el apéndice, sin el consentimiento del paciente.

En este orden de ideas, el médico sí respondería, por ejemplo, cuando realizando una segunda cesárea a la madre procede a la ligadura de trompas no acordada, a fin de impedir un riesgo futuro en caso de un eventual tercer embarazo. En este evento, vemos que dicha ligadura no está destinada a prevenir un peligro inmediato para la vida de la paciente, sino solamente a evitar un futuro y eventual tercer embarazo a riesgo, por lo cual, cabría aquí hablar de responsabilidad, en la medida que esta decisión es estrictamente personal de la paciente.

Por esta misma línea de reflexión, en Francia se ha debatido mucho alrededor de analizar si el médico debe detener una operación para obtener el consentimiento del paciente, cuando descubre, durante el procedimiento, una lesión desconocida o mayor de lo que se esperaba y cuyo tratamiento puede dejar secuelas. Este caso, efectivamente, plantea una serie de dificultades o controversias. Sin embargo, la Casación ha resuelto en la mayoría de los casos que el médico debe continuar con la intervención si considera que es, médicamente, la mejor solución. En concreto, estima la Corte de ese país que aunque la familia solo haya dado su consentimiento para una intervención exploratoria, el cirujano tiene el deber de tomar libremente, en el curso de la intervención, las medidas que considere más apropiadas a las circunstancias, siempre que su elección esté de acuerdo con los “datos adquiridos de la ciencia”. Por lo tanto, se entiende, por ejemplo, que un cirujano no comete una culpa al amputar un dedo del pie con necrosis, cuando el acuerdo previo del paciente incluía implícitamente la realización de cualquier intervención curativa necesaria. La Corte estima que el paciente que acepta una operación otorga implícitamente su consentimiento para cualquier intervención curativa que sea necesaria durante dicha operación²¹⁵.

215 Penneau, Jean. *Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*. Op. cit., p. 3.

Finalmente, es preciso resaltar que la Corte Suprema de Justicia destaca y reconoce la categoría que la Corte Constitucional le otorgó al consentimiento informado en materia de responsabilidad médica como principio autónomo.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 1994 manifestó:

La información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que solo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto. El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio²¹⁶.

Por su parte, en sentencia T-850 de 2002 expuso:

Con todo, el consentimiento informado tiene dos características que lo hacen particular. Por un lado, se trata de un principio constitucional, lo cual significa que la información que el médico le suministra al paciente no siempre resulta exigible en igual grado, y aun cuando en tal sentido no se pueden formular reglas generales a priori, dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado²¹⁷.

Igualmente, en sentencia C-182 de 2016 la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato *pro libertate*), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana²¹⁸.

216 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994. Op. cit.

217 Corte Constitucional, Sentencia T-850 del 10 de octubre de 2002. M. P. Rodrigo Escobar.

218 Corte Constitucional, Sentencia C-182 del 13 de abril de 2016. M. P. Gloria Ortiz.

En suma, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, el consentimiento no puede concebirse jurídica y éticamente como una regla, es decir, no puede ser simplemente cumplido o incumplido, sino que al ser un principio autónomo, “debe realizarse en la mayor medida de lo posible conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas que rodeen el caso”²¹⁹.

Finalmente, la Corporación considera que no puede haber responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido, pues en estos casos, el daño causado no tendría el carácter de indemnizable, por no estar precedido de un comportamiento culposo²²⁰.

2.2. EL PERJUICIO

2.2.1. AUSENCIA DE UNA PARTICULARIDAD ESPECIAL EN MATERIA MÉDICA

En lo que respecta *el perjuicio* como segunda condición para determinar la responsabilidad civil médica, en primera medida hay que señalar que en materia médica el perjuicio indemnizable no presenta ninguna especificidad propia que lo distinga del derecho común de la responsabilidad civil, siendo tal vez la única anotación que podría hacerse al respecto, el hecho que al parecer la jurisprudencia civil ha ignorado el precepto que en materia de responsabilidad contractual ordena la reparación de los daños previsibles al momento del contrato cuando hay culpa y de todos los perjuicios consecuencia inmediata y directa cuando el incumplimiento es imputable a dolo del deudor (daños imprevisibles). En efecto, la jurisprudencia ordena la reparación plena de los perjuicios, lo cual al parecer tiene razón de ser porque lo que está de por medio son daños a la persona, por ende, es esta característica lo que haría posible que se proporcione a la víctima una reparación plena del daño a la persona y su patrimonio²²¹.

Así pues, tal como ocurre en cualquier hipótesis de responsabilidad, el perjuicio indemnizable en el ámbito de la responsabilidad civil médica, está generalmente constituido por los perjuicios patrimoniales y por los perjuicios extrapatrimoniales. En este orden de ideas, cualquiera que sea la causa del daño y a cualquiera que sea imputable la enfermedad o la muerte, siempre se indemnizan los mismos daños²²².

219 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 mayo de 2017. Op. cit.

220 *Ibid.*

221 Lorenzetti. Op. cit., p. 330.

222 Savatier, Rene et ál. Op. cit., p. 298.

En la mayoría de los casos, nuestra jurisprudencia indemniza en este tipo de procesos los perjuicios patrimoniales, daño emergente y lucro cesante, los cuales se encuentran expresamente definidos en el Art. 1614 del Código civil y su resarcimiento posee un carácter esencialmente compensatorio, en tanto que todos los perjuicios económicos pueden ser reparados en dinero sin mayor problema. Recuérdese que dicho carácter compensatorio de los perjuicios económicos supone un equilibrio lo más exacto posible entre el valor de las pérdidas sufridas o el valor de las ganancias dejadas de percibir y el monto de la indemnización.

En tal entendido, a título de *daño emergente* se resarce la pérdida o disminución de los valores económicos ya existentes, o lo que es lo mismo, el empobrecimiento del patrimonio del afectado, es decir, lo que salió o saldrá del patrimonio de la víctima o lo que se perdió o indefectiblemente se perderá. Recuérdese que el daño emergente puede ser pasado o futuro dependiendo del momento en que se haga su valoración. Por su parte, a título de *lucro cesante* se indemniza la ganancia o utilidad de que se ve definitivamente privada la víctima a raíz del ilícito o el incumplimiento de la obligación y siendo un daño futuro, se exige un mayor cuidado en su caracterización y cuantificación.

Fulvio Mastropaolo señala que el daño emergente se identifica con la pérdida sufrida, la cual puede ser resarcida, en general, con referencia al valor de cambio o precio del bien patrimonial destruido, reducido, disgregado o vuelto inútil sin posibilidad de remedio. En cuanto al lucro cesante el autor señala que dicha noción que puede entenderse como una ganancia frustrada o ganancia perdida, se identifica con los incrementos patrimoniales que la víctima podría haber sacado del bien lesionado o de la prestación incumplida o del contrato resuelto²²³.

Aplicado al ámbito de la responsabilidad civil médica, la Corte Suprema de Justicia indica que el daño emergente “atañe al valor salido del peculio de la víctima en la atención de la lesión física o psíquica que demanda el cuidado de los profesionales de la salud” y por su parte, el lucro cesante “extrapolado al terreno de la responsabilidad por el ejercicio de la medicina, significa lo que deja de ingresar al capital del afectado, en su aspecto físico o emocional en cuanto a la productividad que por la lesión originada en la actuación clínica se vio disminuida”²²⁴.

223 Mastropaolo, Fulvio. Danno. III) Risarcimento del danno. En: *Enciclopedia Giuridica*, T. VIII. p. 1.

224 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 agosto 2014, M. P. Margarita Cabello.

En cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales, cuyo reconocimiento ha sido fruto de una valiosa evolución jurisprudencial en Colombia, en la generalidad de los procesos de esta índole, se resarcan los perjuicios morales y el daño a la vida de relación, cuya reparación entraña, a diferencia de los perjuicios patrimoniales un carácter eminentemente satisfactorio, en tanto que el dinero en nada repara un sufrimiento, una ceguera, una amputación etc., pero le confiere a la víctima una indemnización satisfactoria. A este respecto, se estima que la reparación del daño extrapatrimonial tiene una fuerte connotación ética para la víctima, en tanto que marca el reconocimiento de su dignidad de ser humano, respetado en la exigencia de su integridad física a la cual se confiere un *valor*. A través de la reparación, se entiende que el sufrimiento de la víctima no es una vez más negado, ni ocultado, sino oficialmente tomado en consideración. En efecto, los médicos y principalmente los psiquiatras, afirman que el reconocimiento social de lo que se ha denominado “*el valor de la sangre*”, lejos de encerrar a las víctimas en su estatus de víctima, tiene un efecto liberador de catarsis que les permite voltear la página para volver a ocupar su lugar dentro de una sociedad que ha reconocido que su persona, cuerpo y alma, son infinitamente valiosos²²⁵.

De esta manera, en línea general, a través de los procesos de responsabilidad civil médica se resarce el *daño moral* entendido como la tristeza, la aflicción, la congoja o el desasosiego que el hecho lesivo genera en la esfera íntima del afectado. De otra parte, siempre en el ámbito extrapatrimonial, usualmente también se indemniza el *daño a la vida de relación* entendido como aquella pérdida de la posibilidad de realizar actividades placenteras o rutinarias, que ya no pueden realizarse o requieren de un esfuerzo excesivo. Se trata de la afectación a la actividad social no patrimonial de la persona vista en un sentido amplio. A través de esta categoría de daño, se repara la imposibilidad o la dificultad en que se halla la víctima de poder relacionarse en condiciones de normalidad. Se trata de un daño que se proyecta sobre la esfera externa de la persona, por lo cual, constituye una afectación de la vida social o colectiva.

Con relación al daño a la vida de relación, la investigación adelantada por Sergio Rojas, le ha permitido concluir que la práctica judicial ha reflejado la tendencia de la Corte Suprema por incluir bajo esta categoría distintas hipótesis, por lo cual puede afirmarse que el daño a la vida de relación incorpora²²⁶:

225 Lambert-Faivre, Yvonne. *L'éthique de la responsabilité. R. T. D. Civ.* No. 1 (1998); p. 15.

226 Rojas, Sergio. *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles.* Bogotá: Ibáñez, 2015. p. 137.

- La pérdida anatómica funcional, tanto en hipótesis de lesión permanente como temporal (Ejemplo: comprende la pérdida de órganos, miembros, paraplejia, pérdida de funciones vitales, etc.).
- El perjuicio de disfrute o de agrado, es decir, la privación de la posibilidad realizar ciertas actividades de ocio (Ejemplo: actividades deportivas).
- El perjuicio estético, esto es, el menoscabo sobre la apariencia de la víctima, incluso en zonas del cuerpo no visibles para la sociedad.
- El Perjuicio sexual por afectación morfológica o por la pérdida, la imposibilidad o dificultad de procrear.
- El perjuicio al proyecto de vida familiar derivado de la imposibilidad de adelantar un proyecto de vida familiar en situación de normalidad.

Por otra parte, es preciso resaltar que no obstante la Corte Suprema de Justicia, tradicionalmente se había mostrado reacia a admitir cualquier otra nueva categoría de daño extrapatrimonial, el 5 de agosto de 2014 sorprendió con la incorporación del denominado *daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional*, como otro rubro o categoría autónoma y distinta a las antes reseñadas.

Así quedó definido este nuevo daño:

Agravio o lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación a su dignidad y de su propia esfera individual²²⁷.

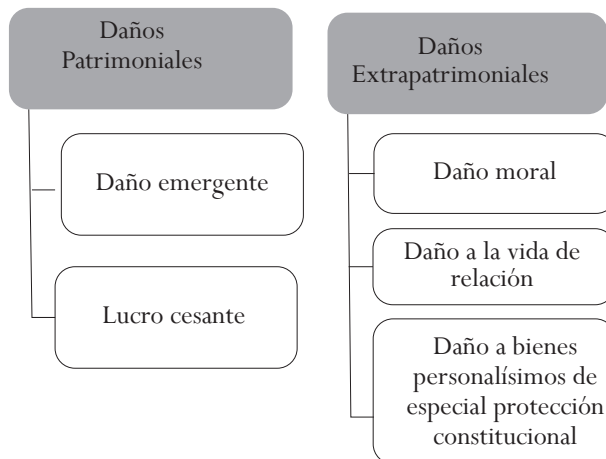
Este nuevo daño extrapatrimonial ha sido interpretado como aquel cuyo objetivo intenta proteger el menoscabo de los derechos de la personalidad que gozan de especial tutela constitucional. Si bien esta decisión no tuvo lugar en el marco de la responsabilidad civil médica y tratándose aún de una figura en construcción, deberá esperarse para ver cómo se desenvuelve su desarrollo, siendo que hasta el momento se le han endilgado como principales críticas la incongruencia conceptual que deriva de la posibilidad de reparar la mera infracción del derecho; la falta de claridad con relación a cómo este daño pueda coexistir con otras categorías que no miran la infracción sino la repercusión de la lesión y finalmente, la ausencia de parámetros genéricos a partir de los cuales se pueda determinar la relevancia de la lesión que amerite su resarcimiento²²⁸.

227 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto 2014. M. P. Ariel Salazar.

228 Rojas. Op. cit., p. 141.

Finalmente, siendo que el perjuicio en materia de responsabilidad civil médica no comporta ninguna particularidad especial aplicable, para ser indemnizado, exige el cumplimiento de las mismas condiciones que respecto de cualquier ámbito han sido establecidas, es decir, el perjuicio causado por la actividad médica debe ser cierto y personal²²⁹.

La *certeza* o *certidumbre* o el carácter *cierto* del daño, significa que este se haya realmente ocasionado, es decir, que no exista duda alguna de su ocurrencia, pues la existencia del perjuicio debe ser incuestionable. Por su parte, el carácter *personal* del daño hace relación a que la reparación del mismo solo puede ser reclamada por quien lo haya sufrido, es decir, solo está legitimado para cobrar un perjuicio el titular del bien lesionado o el causahabiente legítimo. En este aspecto, cobra importancia la teoría del *daño de rebote* o *contragolpe*, la cual opera cuando la acción que recae directamente sobre un individuo le causa daño a él y al tiempo ese daño es perjudicial para otra persona, alcanzándola de rebote o contragolpe; en efecto, la exigencia del carácter personal del daño, implica que en el evento de daño de rebote cada uno sea distinto, es decir, obliga a que los daños sean diferenciados de manera clara en el proceso de reclamación. Ejemplo de ello lo constituye un caso fallado por la Corte Suprema de Justicia²³⁰ en el cual la esposa del fallecido reclamó *iure proprio* dentro del mismo proceso el daño moral personal causado a ella por este hecho y además, reclamó *iure hereditario* el daño moral que alcanzó a sufrir su esposo quien, antes de su fallecimiento, tuvo que padecer mientras permaneció en cuidados intensivos la aflicción por las lesiones causadas.



229 Henao, Juan. *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 85.

230 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 octubre de 2005. Op. cit.

2.2.2. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD (*PERTE D'UNE CHANCE*) AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La teoría de la pérdida de oportunidad es quizás una de las que mayor discusión ha generado en el marco del derecho de la responsabilidad. Su construcción que se atribuye al derecho francés, ha sido objeto de un sinnúmero de estudios, muchos de los cuales no permiten aseverar acuerdos unánimes definitivos en la materia.

Si nos ubicamos en el sistema colombiano y en concreto, en el marco de la responsabilidad médica, se puede evidenciar que esta teoría ha tenido mayor aplicación y desarrollo en la jurisdicción contencioso administrativa que en la jurisdicción ordinaria. En efecto, son muy pocos los casos de responsabilidad civil médica que han sido fallados por la Corte Suprema de Justicia haciendo aplicación estricta de esta figura, lo cual no permite fijar una línea jurisprudencial sólida al respecto. En efecto, dentro de los pocos fallos que se encuentran en la materia, solo se ha hecho mención a la figura, pero esta no ha sido el fundamento de la atribución de la responsabilidad, además, aunque la Corte en distintos fallos ha manifestado que existe una diferencia conceptual entre el lucro cesante futuro y la pérdida de la oportunidad²³¹, podría manifestarse que aún hoy persiste discordancia en la Corporación en torno a este aspecto²³².

Así pues, con el ánimo de hacer una breve referencia a esta teoría, que efectivamente permite ser aplicada en el campo médico, como primera medida nos permitimos revisar el desarrollo que ha tenido la figura en el derecho francés, realizando algunos reenvíos a los diversos estudios que se han adelantado sobre la materia, gracias a la doctrina nacional y extranjera.

La jurisprudencia francesa ha admitido que la *perte d'une chance* es un daño susceptible de ser reparado y recurre a esta noción a fin de atenuar las dificultades de la prueba de la causalidad, que se tornan particularmente graves en materia de responsabilidad médica. Se trata de un “artificio de razonamiento inventado para eludir el obstáculo que la exigencia de una causalidad cierta es susceptible de oponer a ciertas demandas dirigidas contra el autor de una culpa médica establecida, por la víctima de un daño

231 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 01 noviembre de 2013. M. P. Arturo Solarte. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 junio 2008. M. P. Pedro Munar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 septiembre de 2010. M. P. William Namén.

232 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 agosto 2014. Op. cit. Consúltese igualmente el salvamento de voto frente a esta decisión realizado por el M. Ariel Salazar Ramírez.

igualmente establecido”²³³. En realidad, la *perte d'une chance* es un instrumento de “equidad” que le permite al juez “tener un gesto en favor de la víctima, todas las veces que la incertidumbre sobre la relación de causalidad prohíba una reparación integral”.²³⁴

El sistema francés impone algunas exigencias específicas a fin de que no se abuse de la figura y en consecuencia, que se limite el derecho a la reparación de la *perte d'une chance*²³⁵. Por ejemplo, debe tratarse de una *chance* seria y real, es decir, la oportunidad perdida debe existir indiscutiblemente, pues si presenta un carácter hipotético su reclamación es rechazada. La constatación del carácter no serio de la *chance* cuya pérdida es invocada, es considerada como un obstáculo a la prueba de la certeza del daño y en consecuencia, un inconveniente a la condena, pues al no estar acreditado el carácter cierto del perjuicio, no podría sostenerse con firmeza que este llegue a concretarse, lo cual podría conllevar a un eventual enriquecimiento injustificado. En Francia, los jueces son muy rigurosos al momento de apreciar la *chance* perdida, pues buscan evitar indemnizar perjuicios demasiado hipotéticos.

Para poder concretar de una mejor manera el breve estudio de la figura que se intenta desarrollar, se invita en primera medida a leer el siguiente caso:

Una mujer sufría de hemorragias en la matriz, pero su médico de cabecera a quien consultaba frecuentemente no le diagnostica cáncer, a pesar de los datos clínicos claros. Cuando la paciente consulta a otro especialista, era muy tarde, el cáncer de útero había llegado a su estadio final y la mujer muere. En este caso, no se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma, pues incluso tratada a tiempo, podía haber muerto igualmente. Tampoco se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición *sine qua non* de la muerte. Pero de lo que sí hay certeza es que la paciente perdió oportunidades de sobrevivir, siendo la culpa del médico la que le hizo perder esas ocasiones de supervivencia.

A partir de este ejemplo se pueden hacer varias consideraciones que permitirán entender mejor la figura.

En primera medida, debe considerarse que la figura de la pérdida de oportunidad o *perte d'une chance* se trata como un tema de daño²³⁶ y no de un

233 Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. Paris: L. G. D. J., 1998. p. 199.

234 Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Droit Obligations*. Paris: Litec, 1996. p. 64.

235 Para una profundización, Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 1998.

Op. cit., p. 79 ss. Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Droit Obligations*. Op. cit., p. 63.

236 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 septiembre de 2010. Op. cit.

mecanismo que sirva para encontrar al autor de un hecho dañino o de una forma de resolver un problema de incertidumbre causal²³⁷.

Retomando las palabras de François Chabas²³⁸, hay que considerar que para que se pueda aplicar la teoría, son necesarias dos condiciones, primero que el paciente esté ya en una situación de simple supervivencia cuando la culpa se produce, y segundo, que la culpa impida definitivamente que ese proceso sea detenido. Es decir, se requiere que el paciente esté reducido, por la enfermedad que padece, a unas oportunidades de lograr su bienestar, las cuales dependen, entre otros factores, de la actuación del médico que lo atiende.

Como se observa, el daño pérdida de oportunidad se presenta cuando el proceso causal ya ha iniciado, que *per se* puede conducir al paciente a sufrir la muerte o una lesión, sin embargo, dicho curso causal no es detenido a tiempo por el médico que lo atiende, pudiendo hacerlo por contar con todos los medios para procurar revertir esa situación, cercenando con esa conducta culposa la oportunidad que tenía el paciente, de que el curso causal iniciado, se interrumpiera a tiempo.

En materia médica, se ha establecido que la aplicación de esta teoría se presenta más especialmente en los eventos de pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir. Para ello se requiere, entonces, que el paciente se encuentre sumido en un proceso en el que su vida está ya comprometida por una causa natural (una enfermedad) o por la acción de un tercero (herida con arma de fuego o una accidente de tránsito) y la culpa del médico, a través de una conducta activa u omisiva, suprime en términos causales, esa oportunidad de sobrevivir, es decir, esa posibilidad de no morir. Se trata, entonces, de hechos en los que el curso causal ya iniciado no es interrumpido a tiempo por la culpa del profesional quien teniendo el deber y la capacidad científica para hacerlo no lo hace, permitiendo con ello que el curso causal negativo se materialice.

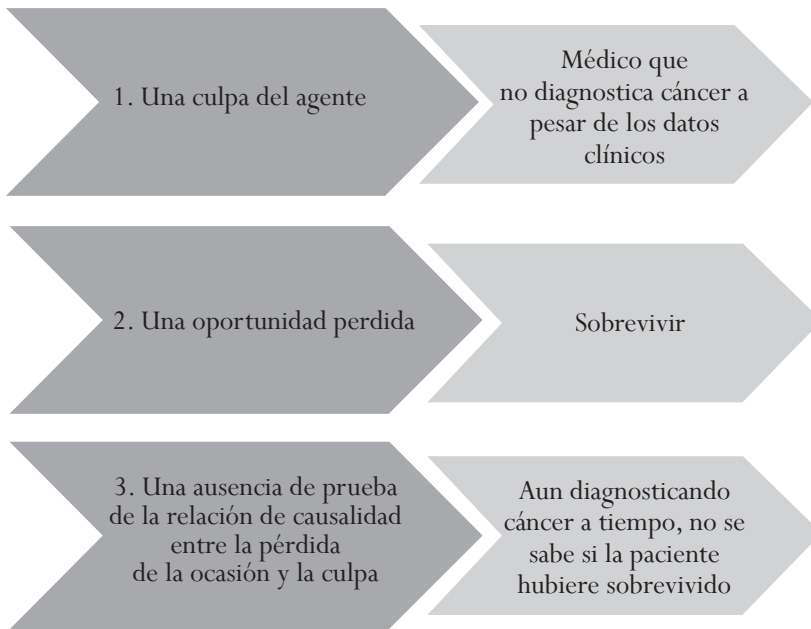
En estos casos, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud culposa del médico o de la entidad demandada y la muerte del paciente, sí se considera claramente acreditada la relación de causalidad entre dicha actuación culposa y la frustración de la oportunidad de sobrevivir. El daño en este caso se traduce en la pérdida de las posibilidades de vivir.

237 Giraldo, Luis. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 173.

238 Chabas, François. La pérdida de la oportunidad (chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil. *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado* No. 8 (mar. 2000).

En el caso del ejemplo, podemos afirmar entonces que la culpa del médico quien no diagnosticó a tiempo el cáncer de útero pudiendo hacerlo, impidiendo con ello realizar de manera oportuna un tratamiento efectivo contra dicha enfermedad, restringió en términos causales, la posibilidad de sobrevivir, pues si se hubiese realizado el tratamiento pertinente dentro de la oportunidad que así lo ameritaba, es probable que la muerte de la paciente posiblemente no se hubiere producido. En este caso, vemos pues, que lo que hizo perder el médico no es la vida de la paciente, pues esta ya estaba comprometida por el cáncer, lo que el médico hizo perder fueron las posibilidades de sobrevivir.

Así pues, François Chabas estima que el problema de la pérdida de oportunidad se estructura a partir de los siguientes supuestos:



Igualmente, es de anotar que en el campo médico sanitario la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad suele conducirse (1) a los casos de errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento; (2) a los casos de erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales; y por último, (3) a los casos de falta de información y/o de consentimiento informado.

A continuación se hará referencia al último de estos eventos, en la medida que los primeros no presentan mucha dificultad y los segundos, al contrario de lo que sucede en el derecho comparado, en Colombia han tenido poco o nulo desarrollo, aunque se espera que en un futuro cercano el panorama

cambie, pues observamos que nuestra Corte Constitucional ya ha empezado a manifestar sus primeros pronunciamientos al respecto, por lo tanto, para ello, se reenvía al estudio que alrededor del tema hemos adelantado y donde se encuentran las primeras bases que nos permiten estructurar un régimen de responsabilidad médica derivado del hecho del nacimiento²³⁹.

Así pues, en lo tocante al tema de la falla en el deber de información, surge un problema muy particular y es aquel de saber cuál es el perjuicio indemnizable cuando la culpa del médico está constituida por un defecto en la información que se le otorga al paciente, es decir, en aquellos casos donde no existe ninguna conducta reprochable en cuanto a la prestación de la asistencia médica *stricto sensu*, sino un problema de falla en la información.

Debido a que en Colombia no existe unanimidad del tratamiento alrededor de esta temática, a continuación se hará referencia a la solución que al respecto ha adoptado Francia. Para abordar este asunto, el sistema francés distingue entre intervenciones inevitables y aquellas que, al contrario, no presentan ningún carácter ineludible²⁴⁰. Veamos.

- Responsabilidad frente a intervenciones ineludibles:

Dentro de un primer momento de la jurisprudencia se consideraba que cuando la intervención era inevitable se podía razonablemente pensar que, incluso bien informado, el paciente se habría resignado y dado que en suma ninguna culpa en la ejecución del acto médico había sido cometida, la responsabilidad del médico por el perjuicio corporal sufrido era descartada, debido a la ausencia de relación causal entre el defecto de información y ese perjuicio. La Corte de Casación francesa consideraba en este evento que incluso si el paciente hubiere sido bien informado, no habría recusado la intervención que condujo al daño.

Sin embargo, parecía necesario reservar dos clases de perjuicio que resultaban evidentemente en relación de causalidad con el defecto de información, por un lado el perjuicio moral que podía resultar de la violación del derecho a ser informado antes de todo acto médico y por otro lado, el daño material que podría resultar de la incapacidad temporal prologada por la complicación presentada, dado que mejor informado de los riesgos previsibles de la intervención, el paciente habría podido escoger para hacerse operar, un periodo donde el acaecimiento del riesgo hubiera tenido menos consecuencias profesionales.

239 Fernández, Mónica. El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano. *Revista de Derecho* No. 2, vol. XXX (dic. 2017); p. 317-337. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/758/774>

240 Penneau, Jean. *Médecine. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013. p. 1.

Considerando esta situación, la Corte de Casación finalmente abandonó su primera posición rigurosa y decidió en consecuencia que, en tratándose de intervenciones inevitables, el no respeto del deber de información causaba a aquel a quien la información era legalmente debida, un perjuicio que el juez no podía dejar sin reparación.

- Responsabilidad frente a intervenciones sin carácter ineludible:

En un primer momento la Corte de Casación francesa decidió que cuando la intervención no presentaba ningún carácter de inevitable u obligatoria, el defecto de información debía constituir, esta vez sí, la causa entera del daño, ya que, mejor informado, el paciente habría podido escoger no correr los riesgos de la intervención.

Sin embargo, con posterioridad la Corte de Casación, decidió sin ambigüedad que el defecto de información privaba al paciente de una chance de escapar al riesgo que finalmente se realizaba y que el daño correspondía en este caso a una fracción de los diferentes tipos de perjuicio sufrido, fracción que estaría determinada midiendo la oportunidad perdida y que no podía ser igual a los atentados corporales que resultan del acto médico.

Como se puede observar, trátase de una intervención con o sin carácter inevitable, en ambos casos, el sistema francés reconoce que el no respeto del deber de información causa al paciente *per se* un perjuicio que debe ser reparado y que se aprecia distinto o independiente de los atentados corporales que resultan de la ejecución del acto médico.

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p>Lea el texto de la siguiente sentencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 agosto de 2014, M. P. Ariel Salazar Ramírez, SC 10297-2014, Rad. 11001310300320030066001. Se trata del fallo a través del cual la Corte Suprema reconoció el denominado daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales. A partir de dicha lectura, reflexione alrededor de la posibilidad de reconocer, y, en qué eventos en concreto, esta nueva tipología de daño extrapatrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil médica.</p>
------------------	--

2.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

2.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO AL NEXO DE CAUSALIDAD

Dar una definición científica de causalidad en materia de responsabilidad, siempre se ha considerado una tarea difícil –sino imposible–, incluso algunos autores han considerado que saber lo que constituye una consecuencia *directa* o *indirecta* de un daño, es un problema semejante a aquel de la “cuadratura del círculo”²⁴¹, por ello, para algunos al parecer más que una definición, lo que interesa es determinar su aplicación²⁴². No obstante, la mayoría coincide en que para imputar o atribuir la responsabilidad de un daño a una o más personas determinadas, es obligatorio establecer el nexo de causalidad entre la conducta desarrollada y el perjuicio causado. En efecto, en materia civil el requisito causal constituye una condición general de la responsabilidad y cumple, además, una función importante relacionada con precisar el alcance de la reparación, ya que el daño es indemnizable solo en la medida en que responde al hecho generador como consecuencia jurídicamente atribuible al responsable.

Adriano de Cupis intenta la siguiente definición de relación de causalidad: “Es el ligamen que se produce entre dos diversos fenómenos, por virtud del que uno asume la figura de efecto jurídico con respecto al otro. Cuando un fenómeno subsiste en razón de la existencia de otro fenómeno, aquel se dice causado por éste, porque una relación de causalidad tiene lugar entre ambos”²⁴³. Así pues, el nexo de causalidad es un elemento autónomo y una condición de la responsabilidad²⁴⁴, con base en el cual se establece una relación causa a efecto entre la conducta y el daño, sin la cual no habrá responsabilidad; es decir, más que una relación causa a efecto lo que se debe verificar es la intervención de la conducta como causa generadora del daño²⁴⁵.

Se trata, entonces, de una condición de existencia de la responsabilidad y así ha sido aceptado de manera unánime y reiterada tanto por la doctrina²⁴⁶

241 Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Droit Obligations*. Op. cit., p. 131. En similar sentido, Zeno-Zencovich, Vincenzo. *La sorte del paziente*. Padova: Cedam, 1994. p.73, quien afirma que en ningún sistema de responsabilidad civil existe una expresa y unívoca noción de causalidad. Parafraseando “cada cual la busca pero ninguno sabe qué cosa es”.

242 Mazeaud, Henri, Leon, Jean & Chabas, François. *Leçons de Droit Civil*. Obligations. Paris: Montchrestien, T. II, 9 ed., 1998. p. 657 y ss.

243 De Cupis. Op. cit., p. 246.

244 Le Tourneau, Philippe. *Responsabilité (en général)*. Rep. Civ. Dalloz, 2017. Num. 35.

245 Terre, François, Simler, Philippe & Lequette, Yves. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Dalloz, 2002. p. 816.

246 Yong. Op. cit., p. 83 y ss. Suescún. Op. cit., p. 139

como por la jurisprudencia²⁴⁷. En efecto, se exige que exista un ligamen entre la culpa del demandado y el daño; vínculo que no bastaría con presumirlo al identificarse la conducta culposa y el daño causado, sino que se impone que sea establecido con certeza, de lo contrario la duda favorecería al demandado²⁴⁸. En este orden de ideas, siendo tres las condiciones para que exista responsabilidad, esto es, daño, nexos y culpa, será siempre necesario establecer el ligamen, conexión o relación de causalidad entre la conducta que se imputa y el daño.

Así pues, se puede concluir que la causalidad es la relación indispensable entre la conducta culposa (o hecho dañoso) y el perjuicio, vínculo sin el cual la responsabilidad de una persona determinada no puede ser comprometida. De este modo, si el nexo causal entre la actividad médica culposa y el perjuicio no logran establecerse, la responsabilidad debe ser rechazada²⁴⁹.

Por otra parte, es necesario distinguir entre causalidad e imputación, en la medida que se trata de dos conceptos que usualmente son confundidos. En el ámbito de la responsabilidad civil, el término imputación, proveniente del latín *imputare*, se usa para referirse al hecho de hacer soportar las consecuencias de un daño a una persona, en razón a su capacidad para discernir las consecuencias de sus acciones, distinguir entre el bien y el mal, etc. Como señala Paul Ricoeur, “imputarle una acción a alguien equivale a atribuírsela a él como a su verdadero autor, poniéndosela, por así decirlo, a su cuenta y haciéndolo responsable”.²⁵⁰ Así pues, entendido lo que significa la causalidad, se puede afirmar que esta tiene vínculos con la noción de imputación; sin embargo, la lógica de los dos conceptos es distinta.

En este orden de ideas, la necesidad de diferenciar la causalidad *stricto sensu* de la imputación, principalmente de la imputación personal, se explica en la medida en que se reconozca que existen dos condiciones de la responsabilidad que son claramente distintas: La causalidad, que sería, como antes lo señalamos, el vínculo entre el hecho dañoso y el perjuicio y, la imputación, que sería el vínculo entre el hecho generador y el responsable.²⁵¹ No obstante, hay quienes estiman, incluso, que el concepto de imputación debería considerarse como una cuarta condición de la responsabilidad civil.

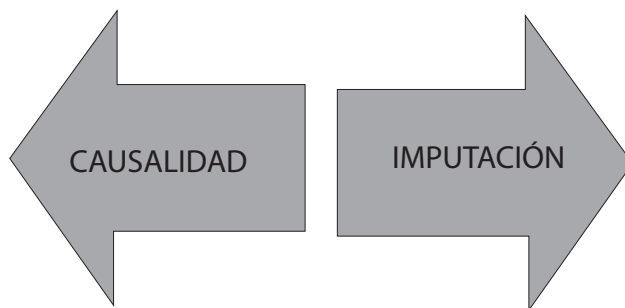
247 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 02 marzo de 2016. Op. cit.

248 Le Tourneau, Philippe. *Responsabilité (en général)*. num 36.

249 Penneau, Jean. *Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*. Op. cit. p. 2.

250 Citado por Mazeau, Laurene. *L'imputation de la responsabilité civile en contexte d'incertitude scientifique et technologique*. Cahiers Droit, Sciences & Technologies No. 4 (2014). p. 3

251 Mazeau. *Ibid.*



Igualmente, cuando se habla de causalidad, es preciso diferenciar entre lo que constituye la causa material y la causa jurídica. La causalidad material o vínculo naturalístico o de carácter físico (*imputatio facti*) hace relación a la imputación fáctica, física, material, causal, siendo la primera forma de causalidad como relación causa a efecto. La causalidad jurídica (*imputatio juris*) es la que determina el fundamento o justificación del deber de responder para establecer si el sujeto, a cuya esfera jurídica se imputa el daño, está o no obligado a repararlo. Esos dos sentidos del mismo fenómeno pueden coincidir o no en el mismo agente dañoso.

Por lo tanto, la importancia del nexo de causalidad radica precisamente en ese hecho, esto es, que no siempre la causa natural del daño coincide con la causa jurídica del mismo, por ejemplo, como señala Javier Tamayo “cuando el agente causa el daño físicamente, pero su conducta está determinada por una causa extraña... si una persona lesiona a otra porque un tercero en forma imprevisible e irresistible lo ha lanzado contra la víctima”, aquí para efectos jurídicos se estima que el único causante del daño es el tercero quien lanzó a esta persona contra la víctima²⁵².

Pero, no obstante la coincidencia o no de estas dos modalidades, se estima que la causa física desempeña un rol importante en la responsabilidad, aunque si bien no constituye su fundamento; en tal entendido, se considera la necesidad de tener en cuenta la causa natural en los casos donde exista, con el fin de poder determinar si la conducta es relevante para el derecho, con miras a atribuir responsabilidad al autor²⁵³. En todo caso, de lo que se trata es de lograr un análisis objetivo de causa y consecuencia, bajo un razonamiento que más que científico, es del buen sentido²⁵⁴, a efecto de lograr determinar si

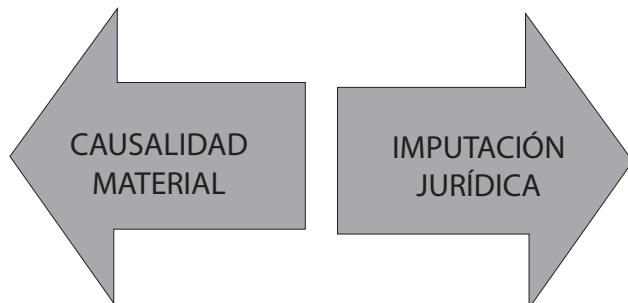
252 Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, tomo I, 2007. p. 249.

253 Yong. Op. cit., p. 143 y ss.

254 Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Droit Obligations*. Op. cit., p. 435 y ss.

el perjuicio ocasionado está en relación de causalidad con la culpa o el hecho o conducta dañosa²⁵⁵.

En síntesis, es importante precisar que desde el punto de vista jurídico, el principio de causalidad tiene una significación diferente de la causalidad material. La causalidad jurídica va unida a la imputabilidad, es decir, a la conexión de cierta conducta injusta con una consecuencia ilícita. Por ello, demostrada la relación causal material, corresponde al derecho establecer si al agente del hecho le cabe o no, en términos de justicia, una responsabilidad²⁵⁶.



Existen varios métodos propuestos por la doctrina para definir la causalidad. Estos sistemas que han servido para aclarar varios aspectos problemáticos que surgen alrededor del tema, han influenciado no solo al derecho francés, italiano o español, sino también al nuestro. Revisemos brevemente:

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de las concausas

Esta teoría expuesta en Alemania por Von Buri en 1860, considera que todas las condiciones necesarias para que el daño se diera son causas de este. La teoría parte de que todos los antecedentes que contribuyen al resultado dañoso son equivalentes, por lo tanto, todos deben ser considerados como causa del mismo. Esta tesis utiliza la fórmula de la *conditio sine qua non* para establecer cuándo existe nexo de causalidad entre una condición y el resultado dañoso²⁵⁷. Así, la clave de la noción reside en la equivalencia de las condiciones, de manera que un daño se causa debido a una serie de factores que provienen de una acción u omisión humana donde cada uno es indispensable para que se produzca el daño, empero, si el daño se presenta

255 Puede también ser útil para apreciar la causa del daño ver que buscaba proteger la norma que ha sido violada por la conducta del sujeto dañante. Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité. Paris: LGDJ, 2006. p.186

256 Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999. pp. 338 ss.

257 Yong. Op. cit., p. 145.

aún sin alguno de estos factores, entonces se estima que dicho factor no es una causa o al contrario, existe nexo causal si al suprimir mentalmente la acción el resultado no se produce.

Luis Díez-Picazo²⁵⁸ representa de manera gráfica esta teoría de la siguiente manera:

$$C1 + C2 + C3 + Cn = D$$

C = Condiciones

D = Daño

No obstante la acogida que tuvo esta teoría en otros contextos históricos y además en el derecho penal donde sin embargo es modulada a través de la teoría de la imputación objetiva²⁵⁹, ella ha generado algunos cuestionamientos relacionados con el hecho de que al tener en cuenta tantas conductas, puede considerar conductas que son irrelevantes o que si bien pueden ser necesarias sobre ciertas particularidades del daño, no son para nada determinantes en la ocurrencia del daño, ni generan una agravación del mismo.

Es decir, aunque es una teoría muy favorable para las víctimas, teniendo como ventaja la de favorecer las condenas *in solidum*, tiene el inconveniente de ser muy amplia en el número de condiciones o causas, en la medida que la teoría no permite fácilmente fijar un límite a la extensión de la responsabilidad, al punto de poder incluir condiciones que no guardan ninguna relación con el daño, por su número no es entonces fácil determinar cuáles serían las causas mediatas y directas del daño²⁶⁰.

Por ello, se ha sostenido que una solución para que no se incluya un número indeterminado de causas, es la de reinterpretar la teoría, en el sentido que se restrinja el criterio de la *condición sine qua non*, de manera de que solo se tengan en cuenta las causas que sean necesarias para que ocurra el daño y que se pueden reconocer como causas jurídicas.

Para seleccionar las condiciones necesarias surgieron otras teorías:

258 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Op. cit., p., 355.

259 Yong. Op. cit., p. 145.

260 Le Tourneau, Philippe. *Responsabilité (en général)*. Op. cit., num. 47.

b) Teoría de la causa próxima o de la proximidad de causas

Según esta teoría, construida por el filósofo inglés Francis Bacon, bajo el bocado latino *“in jure non remota causa, sed proxima spectatur”*, no sería jurídicamente causal si no el evento con la fecha más próxima al daño, es decir la más reciente. Esta teoría se opone a la equivalencia y sin tener en cuenta la calidad de las causas, recurre de una manera muy simple a ciertas condiciones que están ligadas con el daño por una relación privilegiada. Se suele situar esa situación de privilegio, con base en una proximidad temporal, bajo la idea de una probabilidad o previsibilidad. Dentro de esta idea, se destaca la teoría de la consecuencia inmediata o causa próxima, que sin tener en cuenta la calidad de la causa, atribuye el daño a la última condición. Esta tesis que tuvo algunas aplicaciones en Inglaterra y en España, hoy ha sido unánimemente abandonada y no tuvo aplicación alguna en Francia debido a las obvias injusticias que con ella se podrían cometer²⁶¹. En efecto, sostener esta teoría sería aventurero pues no es cierto que el último eslabón de la cadena causal, como condición más cercana temporal o cronológicamente al daño, sea la que lo causó, pues no siempre será la determinante, dado que pudo ser la condición remota la que inició toda la cadena causal del daño²⁶².

c) Teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría de origen alemán, creada por Von Kries en 1886 y luego perfeccionada por Rümelin en 1900 y Träger en 1904, se considera la más compleja, además de la más acertada. Ha ejercido mucha influencia en Europa e incluso en Colombia, donde también se aplica²⁶³.

De acuerdo con esta teoría, existe diferencia entre la causa y las simples condiciones, de tal suerte que habrá causa adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se realiza, de tal manera, todos los antecedentes de un daño no tienen el mismo rol²⁶⁴, y la causa será la condición que regularmente concurre en la producción del daño²⁶⁵.

261 *Ibid.*, num. 44

262 Jourdain, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 5 ed., 2000. p. 68. De esta teoría se encuentran algunas aplicaciones en materia médica, en la década de los 50 y 60 del siglo pasado, en el derecho español. Suescún. *Op. cit.*, p. 153. *La teoría de la causalidad próxima no es admitida en general por la doctrina*. Santos. *Op. cit.*, p. 43.

263 Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, tomo I, 2007. p. 380. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 junio de 2017. M. P. Ariel Salazar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. *Op. cit.*

264 Le Tourneau, Philippe. *Responsabilité (en général)*. *Op. cit.*, 49.

265 Yong. *Op. cit.*, p. 148.

En el desarrollo de la teoría, se habla de una cláusula adecuada o probabilística²⁶⁶, es decir, para determinar la causa se hace necesario formular un juicio de probabilidad, de tal manera que no basta con que la conducta (activa u omisiva) del presunto responsable haya sido condición *sine qua non*, sino que además se requiere que, en virtud de los juicios de probabilidad, resulte ser una causa adecuada en la producción del daño²⁶⁷, esto es, una conducta apta para producir el resultado en el curso normal de los acontecimientos²⁶⁸, de tal manera que la ocurrencia del daño aparece de manera general favorecida por la conducta en cuestión²⁶⁹.

Lo que importa es, entonces, que la causa aparezca objetivamente apta para provocar los daños, con un pronóstico objetivo retrospectivo, es decir, se debe observar entre las condiciones del daño, cuál tiene la posibilidad objetiva de causarlo y para lograrlo, el juez debe ubicarse en la posición de un observador antes de la ocurrencia de los hechos, es decir, debe hacer un juicio *ex ante*. Se estima que esta observación estará guiada por la experiencia y de ser necesario, recurrirá a los conocimientos científicos; de esta manera, deberá observar las condiciones adecuadas que va a someter a un estricto examen crítico para verificar, por ejemplo, si la conducta que a primera vista aparece irrelevante, resulta tener un rol decisivo.

Algunos autores señalan que la doctrina causal para un médico es un discurso de método distinto al que realiza el juez, en la medida que no proviene de una deducción como para el jurista, sino de una inducción, por la observación de un evento concreto sobre el antecedente causal que lo ha provocado, basado en elementos de probabilidad estadística, científica, lógico inductiva y un raciocinio basado en la confrontación de acciones y omisiones frente a la situación que se presenta²⁷⁰.

Luis Díez-Picazo²⁷¹ representa de manera gráfica esta teoría de la siguiente manera:

266 En tema de nexos se suele pasar de un criterio de certeza a uno probabilístico de la causación del evento.

Poletti, Dianora, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*. Nicolò Lipari y Pietro Resigno (Dirs.). *La responsabilità ed il danno*. Milano: Giuffrè, vol. III, 2009. p. 308. Esto es así en especial en materia de responsabilidad médica, donde se podría hablar de una certeza razonable con fundamentos estadísticos. Capecchi, Marco. *Il nesso di causalità*. Padova: Cedam, 2005. p. 249 a 251, 267 a 268.

267 Díez-Picazo y Ponce de León citados por Yong. *Op. cit.*, p. 149.

268 Bustamante Alsina citado por Yong. *Op. cit.*, p. 148.

269 Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. *Op. cit.*, p. 189.

270 Según Marco Bona, el problema es que para los médicos todo es científicamente posible. Bona, Marco. *Causalità scientifica e causalità giuridica*. AA.VV. *Il nesso di causa nel danno alla persona*. Milano: IPSOA, 2005. p. 140.

271 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. *Op. cit.*, p., 355

C1 = D1
C2=D2
C3= D3

C = Condiciones

D = Daño

A este punto de la reflexión, es preciso señalar que no obstante su acogida, la teoría de la causalidad adecuada ha sido objeto de múltiples críticas, entre ellas, la confusión que se produce entre la causalidad y la culpabilidad²⁷², pues se estima que para establecer si una circunstancia es causa adecuada, será siempre necesario precisar la previsibilidad del resultado, con lo que el concepto de causalidad material se vincula con la noción de culpabilidad, o cuando menos, con un *quid* psicológico –la previsibilidad–, pues tanto la relación causal, como la culpabilidad, se asientan sobre el concepto de “previsibilidad”. Sin embargo, hay quienes consideran que mientras la causalidad adecuada toma en cuenta la previsibilidad “en abstracto” según la normalidad de las consecuencias captadas por la experiencia vital, la culpabilidad apunta a la previsibilidad “en concreto” conforme a la situación propia del autor frente al acto, pues se entenderá que su obra es culpable cuando previó o pudo prever el resultado dañoso.

Según otros autores, la teoría de la causalidad adecuada solo ofrece un asidero muy superficial y aparente, pues no existe ningún criterio infalible que nos diga cuándo un resultado puede considerarse relacionado de tal modo con la causa y efecto adecuado de ella.

Pero no obstante sus críticas, la mayoría considera que esta teoría es una de las más satisfactorias, a pesar del inconveniente derivado de su propia abstracción, pues puede que en efecto la regla de experiencia asigne a un determinado antecedente la calificación de “causa ordinariamente adecuada”, pero, ¿quién asegura que en el caso concreto no haya podido ser otra la causa auténticamente decisiva?²⁷³

Finalmente, es preciso hacer una breve referencia a las características del nexo de causalidad. La doctrina siempre ha señalado que la relación

272 Penneau, Jean. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 5ª. Ed., 2000. p. 69.

273 Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Op. cit., pp. 338 ss.

de causalidad debe ser cierta²⁷⁴ y directa²⁷⁵, pero ante la imprecisión de las teorías, ello da a los jueces bastante libertad en su apreciación.

La certeza del nexo consiste en el hecho de constatar su existencia, es decir, que no sea una simple hipótesis eventual²⁷⁶, mientras que el nexo directo se refiere a que no haya una ruptura del mismo mediante una causa extraña. Recuérdese que cuando concurre una causal de exoneración de responsabilidad, ocurre un rompimiento del nexo de causalidad y en consecuencia, el daño, siendo indirecto, no se paga²⁷⁷. Esto se presenta cuando en la cadena de eventos precedentes al daño, la propia víctima, un tercero, un caso fortuito o una fuerza mayor interviene libremente, de manera que hay una ruptura de la causalidad, en consecuencia el perjuicio no se repara, por cuanto se rompe el nexo de causalidad.

La apreciación de la certeza del nexo en apariencia simple, trae varias dificultades cuando hay coautores e igualmente frente a la producción del daño, pues como arriba se indicó, el daño reparable es solo el directo, es decir, el que continúa necesariamente a la conducta, a la culpa o al acto dañoso²⁷⁸.

2.3.2. EL NEXO CAUSAL Y SU APLICACIÓN AL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En lo que respecta al estudio del último presupuesto para determinar la responsabilidad médica, esto es, *la relación de causalidad* entre el daño y la culpa médica, es preciso indicar que en materia médica este elemento obedece a las reglas del derecho común de la responsabilidad. No obstante, alguna doctrina reclama un tratamiento especial y propio que obedezca a sus específicas connotaciones, pues a diferencia de lo que sucede en otros campos, en el ámbito médico este elemento debe ser establecido con arreglo a criterios técnico científicos²⁷⁹.

Es así como, Celia Weingarten²⁸⁰ señala que el profesional médico goza de una amplia libertad, consecuencia de la independencia intelectual inherente a

274 La certeza del nexo se refiere al poder convencer probatoriamente al juez. Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Droit Obligations*. Op. cit., p. 449.

275 Le Tourneau, Philippe. *Responsabilité (en générale)*. Op. cit., num 54. Lo directo del nexo se vuelve en últimas algo empírico a fin de excluir los nexos indirectos. Starck Boris, Roland Henri & Boyer Laurent. *Droit Obligations*. Op. cit., 438.

276 Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2008.p. 85.

277 *Ibid.*, p. 88.

278 Le Tourneau, Philippe. *Responsabilité (en générale)*. Op. cit., num. 55.

279 Según Zeno-Zencovich. Op. cit., p. 70, la causalidad médica es por naturaleza relativa, sobre todo en aquellos casos en los cuales varios factores interactúan en la determinación de un evento lesivo o letal.

280 Weingarten, Celia. *La relación de causalidad y la discrecionalidad científica*. Resp. Civ. Est. No. 5 (1998); pp. 61 ss.

cualquier profesional liberal, que le permite, con base a un saber actualizado de la ciencia, optar entre distintos caminos alternativos científicamente posibles para actuar sobre determinada patología, previamente diagnosticada. Este derecho se califica de *discrecionalidad científica* y bajo su concepción, se estima que el daño puede ser atribuido al profesional solo en casos de arbitrariedad y autoritarismo, es decir, cuando la elección carece de rigor científico por no considerar las circunstancias condicionantes del paciente y su patología o cuando la elección se basa en el solo fundamento de la presunta autoridad del profesional y sin relación a los postulados científicos.

Por el contrario, si el médico obra dentro de la *discrecionalidad científica*, se estima que su conducta no puede ser considerada jurídicamente como causa del resultado dañoso, pues actuando de este modo el médico ha optado por alguna de las variables objetivamente idóneas de acuerdo a las reglas de la medicina y conforme a la adecuación de las circunstancias en concreto, por lo tanto, esta conducta no introduce causalidad alguna para la producción del daño. Por su parte, en cuanto a la prueba de ese obrar discrecional, la autora manifiesta que esta se encuentra a cargo del médico, quien tendrá que acreditar que la estrategia elegida es una alternativa de la ciencia médica (presupuesto objetivo) y que además es adecuada al paciente (presupuesto subjetivo), de tal suerte que, el obrar profesional que se aparta de los parámetros de la ciencia médica no detiene la causalidad, pues es el médico quien a través de su comportamiento arbitrario u autoritario, introduce la causalidad en la generación del daño.

Teniendo en cuenta que la relación de causalidad en materia médica, obedece a las reglas comunes de la responsabilidad, es dable afirmar que en esta materia, la apreciación de la causalidad presenta los mismos problemas que comúnmente se analizan en cualquier evento de responsabilidad civil, esto es, el fondo y la prueba. A la solución de estos dos problemas, contribuyen las dos teorías más expandidas en este campo. La teoría de la *equivalencia de las condiciones* señala el camino a seguir para resolver el problema de fondo, mientras que la teoría de la *causalidad adecuada* aporta un método apto para solucionar los problemas relativos a la prueba²⁸¹ (Viney, 2006).

Es indiscutible que la teoría de la causalidad adecuada es la que mayor influencia ha ejercido, incluso a nivel internacional. Los partidarios de esta tesis afirman que un hecho puede ser calificado como “causa” del daño, si al momento en el cual este se produjo, era previsible la ocurrencia del daño, con apoyo en los datos de la ciencia. Es decir, un hecho puede ser considerado

281 Viney, Geneviève & Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*, 2006. Op. cit., 195.

como “causa” jurídica de un daño cuando desde el punto de vista del curso ordinario de las cosas y la experiencia de la vida, ese hecho era en sí propio a producir un resultado como el que se produjo.

La imposición del elemento causal en la estructuración de la responsabilidad civil, se encuentra establecida en los Arts. 1616 y 2341 del Código Civil. El primero consagra que el deudor doloso responde por los daños imprevisibles cuando son “consecuencia inmediata y directa” de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. Recordemos como Adriano de Cupis manifiesta que la expresión “consecuencia inmediata y directa” significa que la obligación de resarcir no debe ser ilimitada, sino que debe mantenerse un criterio de moderación y, por lo tanto, no se resarcen los daños más remotos, ligados al hecho del hombre por una relación de causalidad casi imperceptible, pues de otra manera el responsable estaría fácilmente expuesto al riesgo de perder su patrimonio íntegramente²⁸². Por su parte, el segundo artículo, esto es, el 2341 del C.C., estipula que una persona es responsable en la medida en que con su conducta dolosa o culposa “ha inferido daño a otro”.

La jurisdicción ordinaria tiende, en la generalidad de los casos, a la adopción de la teoría de la *causalidad adecuada* como mecanismo para determinar si el daño causado al paciente es consecuencia *directa* de la culpa del médico o entidad hospitalaria, una tendencia cercana a la que se desarrolla en derecho francés, tal vez, como lo afirma Phillipe Le Tourneau “seducido por su apariencia científica y fastidiado por la simplicidad de la teoría de la equivalencia de las condiciones”.²⁸³ En efecto, en materia de relación causal, la doctrina de la causa adecuada es considerada en la actualidad como la posición dominante en la doctrina comparada.

Recuérdese que, como se vio en apartes anteriores, según la filosofía de esta teoría: “El problema jurídico de la causa difiere de la relación causa a efecto, en el sentido de las ciencias naturales:... Prácticamente importa excluir la responsabilidad por circunstancias que, según su naturaleza general y las reglas de la vida corriente, son totalmente indiferentes para que surja un daño de esa índole y que, solo como consecuencia de un encadenamiento totalmente extraordinario de las circunstancias, se convierten en condición del daño. Así pues, se elabora con un *cálculo de probabilidades* y solo se reconoce como causa aquella condición que se halla en *conexión adecuada*

282 De Cupis. Op. cit., p. 253.

283 Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*. Bogotá: Legis, 2006. p. 92.

con un resultado semejante”²⁸⁴. Conforme a esta teoría es menester que haya entre la culpa y el perjuicio una relación de tal naturaleza, que si la culpa no hubiere ocurrido, el perjuicio no se habría producido. Es decir, debe existir, lo que los hermanos Mazeaud llamaban “un vínculo *cierto* de causalidad con la culpa”²⁸⁵.

La teoría de la causa adecuada precisa la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado. Adecuación quiere decir adaptación. El concepto de causalidad adecuada implica el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra suceder en la vida misma, es decir, según esta teoría, para que exista relación causal, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente. La noción supone, pues, necesariamente, pluralidad de casos, ya que de lo contrario no respondería a lo que indica la experiencia. Así pues, se estima que a fin de establecer la vinculación causa a efecto, es necesario realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era *per se* apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia?

Este juicio de idoneidad o cálculo de probabilidades tiene que plantearse ‘en abstracto o en general’, atendiendo a lo que usualmente ocurre; y no ‘en concreto o en particular’, es decir, como se han producido realmente las cosas. En este orden de ideas, si la acción u omisión era de ordinario apta para provocar el daño, éste será objetivamente atribuible al agente, por guardar con dicha conducta una relación causal adecuada. En este orden de ideas, la causa de un daño es aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado, pero solo es ‘causa idónea’ aquella que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado dañoso que debe atribuírsele al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes²⁸⁶.

Ahora bien, todas las consideraciones hechas respecto a la dificultad en la demostración del elemento culpa, se podrían hacer con relación al nexo causal, dado que en la apreciación de este último elemento, como ya se señaló, también se involucran aspectos de carácter científico de difícil apreciación por parte del demandante. En efecto, muy a menudo no se sabe

284 En este sentido, Enneccerus citado por Pérez, Álvaro. *Teoría General de las obligaciones*. Tomo II. Op. cit., p. 303.

285 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001. Op. cit. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 septiembre 2002, n. 6878, M. P. Jorge Santos. Para una profundización en el tema véase Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2ª ed., 2000. Trimarchi, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967.

286 Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Op. cit., pp. 338 ss.

con absoluta certeza si el hecho dañoso ha sido una condición necesaria para la ocurrencia del daño, lo cual hace relación a uno de los problemas relativos a la apreciación de la causalidad, esto es, su prueba, del cual no escapa el ámbito de la responsabilidad médica, donde la demostración del nexo causal se torna a veces particularmente difícil. Supóngase, por ejemplo, que una negligencia médica se cometió y que el paciente ve empeorar su estado de salud; en este caso, no obstante la culpa médica, no se puede afirmar de manera absoluta, que con cuidados correctos, se habría seguramente evitado la agravación, ya que las reacciones de cada organismo son distintas.

En verdad, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendientes a morigerar dicha carga, no solo se manifiestan en relación con el elemento culpa, sino también respecto a la relación de causalidad. Así lo ha considerado la propia Corte Suprema de Justicia al señalar que “el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque... el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputa, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”²⁸⁷. Así lo confirmó René Savatier para quien “la relación de la causalidad entre la culpa y el daño se ubica entre las condiciones esenciales de toda responsabilidad civil. Una culpa es perjudicial solo si el daño que demanda la víctima ha sido causado por ella”.

A diferencia de la evolución que el elemento causal ha tenido en la jurisprudencia contencioso administrativa, donde su apreciación ha discurrido por diversas etapas que van desde el reconocimiento de una presunción de causalidad²⁸⁸, pasando por la exigencia de su prueba en cabeza del demandante²⁸⁹ y hasta llegar a la adopción de criterio *grado de probabilidad preponderante*.

Con relación a este criterio De Ángel Yagüez expresa lo siguiente:

Aplicando los cánones clásicos al supuesto de responsabilidad civil del médico, pongamos por caso, un entendimiento riguroso y absoluto de la relación de causalidad conduciría a la conclusión de que corresponde al

287 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001. Op. cit. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940. Op. cit.

288 Consejo de Estado, Sección Tercera, 01 julio 2004, Exp. 14696, CP. Alier Hernández.

289 Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 noviembre 1997, Exp. 11701. CP Daniel Suárez. Reiterada por Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 mayo 1999, Exp. 11949, CP. Daniel Suárez.

paciente demostrar sin lugar a dudas, es decir, con toda certeza, que si el médico hubiese actuado en determinada manera (distinta de aquella en la que lo hizo) no se habría producido el resultado dañoso.

Pues bien, a hipótesis como ésta responde una orientación jurisprudencial ya muy arraigada en bastantes países, según la cual cabe la condena del demandado, considerándose por tanto que la relación de causalidad se ha probado, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad'. Será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la alta probabilidad', o será suficiente contar con una probabilidad de más del 50%... pero en todo caso se aliviará de forma sensible la posición del demandante...

En términos generales, y en relación con el "grado de probabilidad preponderante", puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que el hecho pueda ser considerado solo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una "probabilidad" determinante²⁹⁰.

Para llegar a este último criterio, el Consejo de Estado consideró el hecho que la prueba de la relación de causalidad es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico y tecnológico, además consideró el hecho que con frecuencia se presenta y es que el demandante queda indefenso no solo por la carencia de conocimientos suficientes para advertir la causa del daño sufrido, sino también por no tener a su disposición los medios de prueba suficientes que le permitan demostrar el nexo causal; por todo ello, acorde con el desarrollo mundial donde el terreno de la responsabilidad considera que cuando sea

290 De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas, 1995. pp. 77 ss.

imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con *la probabilidad* de su existencia, el Consejo de Estado considerando necesario aligerar la pesada carga probatoria en cabeza del demandante y apoyándose en lo que denominó “*grado de probabilidad preponderante*”, adoptó el siguiente criterio:

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad, se afirma que cuando sea imposible esperar la certeza o exactitud en esta materia, el juez puede contentarse con *la probabilidad* de su existencia... La relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a *un grado suficiente de probabilidad*²⁹¹.

Posteriormente el Consejo de Estado señaló:

En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el juez puede contentarse con *la probabilidad* de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a *un grado suficiente de probabilidad*, que permita tenerlo por establecido²⁹².

Y últimamente reiteró:

Es necesario señalar que, ... es cierto que en algunas ocasiones la Sección Tercera de esta Corporación admitió que, en circunstancias en las que no fuera posible esperar certeza o exactitud sobre la existencia de un nexo causal entre la falla y el daño, el mismo podía tenerse por acreditado si se observaba un “grado suficiente de probabilidad”, sin embargo, dicha posición fue precisada en el sentido de indicar que hacía referencia al hecho de que el nexo de causalidad puede demostrarse por vía indirecta, es decir, a través de indicios, pero que en ningún momento

291 Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 mayo 1999, Exp. 11169. Op. cit. En el caso una menor ingresó a la institución médica para obtener un diagnóstico en relación con una masa tumoral a nivel dorso-lumbar que mostraban los distintos exámenes de laboratorio. Luego de realizársele una biopsia, la menor presentó paraplejía e incontinencia de esfínteres. Al respecto, dijo la Corporación: “si bien no existe certeza en el sentido que la paraplejía sufrida... haya tenido por causa la práctica de la biopsia, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores, antes de ingresar el instituto se movilizaba por sí misma y después de la intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez sea la falla del servicio, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma entidad demandada”.

292 Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de agosto de 2006, Exp. 15772. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

constituía una excepción al deber que le asiste a la parte demandante de acreditar lo que tradicionalmente se ha denominado como el vínculo de causalidad que debe existir entre la falla y el daño para que se estructure la responsabilidad de la administración²⁹³.

Desde esta perspectiva, el juez puede fundamentar su decisión en una causa que, si bien no se encuentra del todo acreditada, sí aparece como probable; sin embargo, para poder acudir a este “*grado de probabilidad preponderante*”, el Consejo de Estado precisó que, en principio, la causalidad debía siempre probarse por el demandante, y, solo era posible darla por acreditada con *la probabilidad* de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de materiales y documentos que sirvieran para probar dicha relación, impidieran demostrar *la certeza* de su existencia.

A través del concepto de *probabilidad preponderante* el juez puede, en el ámbito de su apreciación discrecional, establecer cuáles enunciados de hecho pueden o no ser considerados verdaderos en cuanto resulten demostrados por las pruebas disponibles. La probabilidad permite que el juez se forme un determinado razonamiento que lo lleve realmente a que produzca un fallo convencido de que las pruebas de que dispone le dan la fuerza suficiente y la convicción para tomar una determinación en cierto sentido, una convicción de que existe una “probabilidad” determinante²⁹⁴. El juez puede, entonces, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, fundar su decisión sobre hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de “probabilidad predominante”.

Para quienes se ocupan del estudio de esta materia, el concepto de *probabilidad preponderante* “ofrece, en verdad, un criterio de elección que aparece al mismo tiempo flexible, adaptable a las circunstancias concretas más diversas, y, sin embargo, dotado de un fundamento racional muy sólido. Su aplicación permite al juez racionalizar sus propias elecciones, controlar la validez, y también ofrecer una justificación apropiada en la motivación de las decisiones sobre los hechos²⁹⁵. Esta apuesta jurisprudencial significa, entonces, que el demandante no está obligado a demostrar el nexo causal

293 Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 mayo de 2016, Exp. 33140. CP. Danilo Rojas.

294 De Ángel. Op. cit., pp. 77 ss.

295 Para una profundización sobre el concepto y las reglas aplicables Taruffo, Michele. Probabilidad y prueba judicial. Trad. por Mónica Fernández. XXVI Congreso colombiano de derecho procesal (Memorias). Bogotá: Universidad Libre, 2005. pp. 1088 ss. También puede consultarse en Ampaya, M. et ál. Teoría de la probabilidad: ¿Generadora de inseguridad jurídica? Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2005.

con exactitud científica, basta con que el juez llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante, es decir, una alta probabilidad de que el daño haya sido causado por el hecho u omisión del demandado y será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la "alta probabilidad", o será suficiente contar con una probabilidad de más del 30-40-50%, según lo determine el juez, pero en todo caso se aliviará de forma sensible la posición del demandante.

Como puede observarse, el Consejo de Estado estima que un entendimiento riguroso y absoluto de la relación de causalidad conduciría a la conclusión de que corresponde al paciente demostrar sin lugar a dudas, es decir, con toda certeza, que si el médico hubiese actuado en determinada manera (distinta de aquella en la que lo hizo) no se habría producido el resultado dañoso; en consecuencia, a efecto de dulcificar de alguna manera la carga de la prueba del nexo de causal, permite que el juez llegue a la convicción de su ocurrencia, a través de la aplicación de la teoría de la probabilidad preponderante.

Ahora bien, si este es el desarrollo alcanzado en la jurisdicción contencioso-administrativa en esta delicada materia, cabría preguntar ¿cuál es la posición que asume la Corte Suprema de Justicia? Revisando de manera general sus pronunciamientos podemos decir que esta alta corporación, acogiendo la teoría de la causalidad adecuada,²⁹⁶ tradicionalmente se ha ceñido a los postulados generales del derecho común de la responsabilidad y en tal entendido, su orientación se manifiesta en términos de absoluta acogida de la lógica de la certeza, exigiendo entonces al demandante la obligación de aportar la prueba de la culpa, el daño y el nexo de causalidad.

Empero, la Corte ha señalado a este respecto que, dado el conocimiento especial que se necesita para determinar la causa jurídica adecuada, cobra especial importancia la dilucidación técnica a la que puede llegarse, por ejemplo, a través de un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de esa misma índole. Así, con base en la información suministrada a través de esos medios, el juez podrá determinar la causa, aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia²⁹⁷.

Con respecto a la prueba pericial la doctrina ha insistido en que el juez, cuando recurre al auxilio de peritos, no debe aceptar sus conclusiones como excluyentes para reconstruir la relación de causalidad, sino que debe él mismo conceptualizarla con base en aquellos datos compaginados que le aporte su propia observación y con el aporte que produce la noción de lo justo, la

296 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001. Op. cit.

297 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 septiembre 2002. Op. cit.

cual permite evaluar hasta dónde debe hacerse responsable a una persona por sus actos.

Para Lorenzetti, debe tenerse muy en cuenta la importancia que se le otorgue a la pericia, pues esta no puede reemplazar la labor que realiza el juez, quien debe practicar un juicio de razonabilidad que contemple no solo las relaciones causales físicas, sino lo efectivamente calculado por el sujeto como agente supercausal. Este juicio de razonabilidad se fundamenta en la experiencia jurídica del juez, ampliado por los datos que le suministra la pericia. En tal entendido, el citado autor estima que la razonabilidad de las consecuencias debe determinarse histórica y concretamente y deberá tener en cuenta el estado de las cosas en que la acción fue desplegada, lo que razonablemente debía hacer, etc.²⁹⁸.

La práctica del dictamen pericial asume pues relevancia en esta clase de procesos donde, en su gran mayoría, se discuten aspectos técnico-científicos. Pero, no obstante las múltiples controversias que se tejen alrededor de esta prueba,²⁹⁹ se ha constituido en uno de los más importantes mecanismos de que se dispone en este tipo de procesos. En efecto, el dictamen pericial le sirve al juez no solo para establecer las condiciones propias de la acción sometida a examen, sino también, para dilucidar aquello que a la fecha de los hechos constituye los conocimientos o “datos adquiridos por la ciencia médica”.

Sin embargo, algunos autores consideran que el juez no está ligado por el concepto del perito,³⁰⁰ pues cuando estime que el concepto no le aporta los elementos suficientes para fundamentar su decisión, puede recurrir a una complementación del mismo o a la práctica de uno nuevo. Ahora bien, es posible que el juez, debido a su falta conocimiento técnico, no pueda tomar partido contra el criterio estrictamente técnico del perito experto, no obstante en este caso, puede lograr apreciaciones racionales divergentes a las del perito, con base en un argumento de ciencia médica. En efecto, Zeno-Zencovich afirma que debe tenerse en cuenta que las reglas causales no tienen ni un contenido ni un significado, ni absoluto ni único, en consecuencia, “la certeza que de ellas se pretende es más una convicción del operador que una realidad efectiva”³⁰¹.

298 Lorenzetti. Op. cit., p. 316.

299 Sobre el oscurantismo del dictamen pericial y la confraternidad como principales críticas realizadas a nivel doctrinal consultar Guigue, Jean. La responsabilité civile médicale : Qui juge : l’expert ou le juge? La responsabilité médicale: de la faute au risque. Bourdeaux: s. e., 1996. pp. 59 ss.

300 Brunhes, Jean. Accidents thérapeutiques et responsabilités. Paris : Masson & C., 1970. p. 44.

301 Zeno-Zencovich. Op. cit., p. 74.

Por otro lado, en una posición –mucho más rígida– Celia Weingarten afirma que la verificación del nexo causal se efectúa a través del dictamen médico pericial, pues solo la ciencia médica puede determinar si esa adecuación causal se encuentra presente. La autora señala, además, que por tratarse de una prueba que versa sobre conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas, los jueces no pueden apartarse de ese dictamen a menos que tengan fundados argumentos, mediante una prueba científica contrapuesta, pues lo contrario llevaría a la arbitrariedad del pronunciamiento judicial³⁰².

Pero, al margen de una u otra postura, hay que destacar que el uso de la prueba pericial, en especial en materia de responsabilidad médica, ha sido reconocida por la casi unanimidad de autores como una prueba categórica para poder determinar si el daño fue o no causado por el agente. Javier Tamayo Jaramillo, expresa que si con base en el dictamen pericial no es posible determinar científicamente el nexo causal, este argumento no puede ser suficiente para que el juez declare o no probada la relación causa a efecto, pues en su concepto, dicho juez, para llegar a una conclusión definitiva, tendría que recurrir a otros medios como, por ejemplo, los indicios³⁰³.

Como puede observarse, se vincula esta materia con el criterio arriba referenciado, esto es, con el de la *probabilidad preponderante*, el cual, si bien al parecer no se aplica en Colombia con el mismo rigor que en los países de los cuales deriva, esto es, los pertenecientes al sistema jurídico del *common law*, se afirma que en Colombia los jueces emplean la regla dentro de la teoría de la causalidad adecuada, probablemente porque acorde con una visión tradicional, consideran que el nivel de confianza admisible para tener por comprobado el nexo causal es el de la certeza³⁰⁴.

En los últimos tiempos, por ejemplo, encontramos pronunciamientos como el del 28 de junio de 2017³⁰⁵, donde la Corte Suprema de Justicia, al descalificar la sentencia de segunda instancia, que al confirmar el fallo de primera había concluido no haber prueba de la culpa de la entidad demandada, ni de su relación con los daños sufridos por el menor-víctima consistentes en parálisis cerebral y cuadriplejía, manifestó que el sentenciador no había estimado razonadamente el acervo probatorio, sino que había resuelto la controversia según su íntima convicción, opinión o creencia. Así se expresó la Corte frente a la apreciación del nexo de causalidad que adelantó el Tribunal:

302 Weingarten. Op. cit., p. 73.

303 Tamayo, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Op. cit., p. 253.

304 Recuérdese que la aplicación del criterio probabilidad preponderante permite en los países de common law y en algunos de Europa, donde la regla se utiliza, describir en porcentajes, el grado o umbral de certidumbre del nexo causal, por ejemplo, el 50%, el 80% o el 90% según el criterio del juez. Yong. Op. cit., p. 162.

305 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 junio de 2017. Op. cit.

El argumento fue deficiente porque partió de una errónea identificación del objeto de la prueba y de una desacertada noción sobre la inexistencia del “nexo de causalidad”... En efecto, el objeto que el fallador pretendía encontrar probado (nexo causal) no es una propiedad de las cosas ni un objeto físico susceptible de demostración por pruebas directas, sino una categoría lógica que permite inferir que entre un hecho antecedente y un hecho consecuente existe una **relación de probabilidad** porque la experiencia así lo ha mostrado repetidas veces. La observación de regularidades en los acontecimientos cotidianos permite establecer una teoría o hipótesis que, a su vez, sirve de pauta o trasfondo de significado para la valoración de nuevos hechos y para la selección –de entre el flujo infinito de causas– de aquellas ‘condiciones’ que se estiman relevantes en un contexto determinado (en este caso jurídico)... En casos de omisiones, el criterio de imputación solo lo dan las normas jurídicas que establecen deberes de actuación, posición de garante, guardián de la cosa, etc., porque entre una omisión y un resultado no se produce ninguna relación de implicación material. Esta conclusión solo se extrae por **hipótesis indiciarias** que el Tribunal jamás tomó en consideración... Desde luego que si el juzgador no valoró los hechos probados en el proceso para corroborar o descartar la presencia del factor objetivo de atribución de responsabilidad (imputación del hecho a un agente), no le era posible encontrar la prueba del “nexo de causalidad”; mucho menos cuando se trata de abstenciones o negligencias, pues un axioma de la lógica consagra que las omisiones o inactividades, al no ser objetos de la experiencia sino categorías jurídicas, no son ni pueden ser “causa” de nada en sentido naturalista... Ante la ausencia absoluta de las hipótesis indiciarias que habrían permitido concluir con **probabilidad prevalente** la existencia del juicio de atribución del daño al agente demandado, el argumento del Tribunal sobre el “nexo de causalidad” se muestra desacertado (negrillas fuera de texto).

En el evento, frente a los hechos consistentes en el ingreso de la parturienta por tres veces a la clínica, con señales indicativas del inicio de trabajo de parto y de pérdida de bienestar fetal, las cuales no fueron advertidas siendo devuelta la paciente en todos los casos, además de la no consideración de otros factores de salud de la madre que se evidenciaban en la historia clínica, la Corte Suprema manifestó:

También quedó demostrado que el cordón umbilical teñido de meconio reciente, la acidosis metabólica, la asfixia perinatal y la deglución de sangre materna, son signos que la ciencia médica describe como síntomas de sufrimiento fetal; mientras que la circunstancia de que fuesen recientes al

momento del nacimiento indica, con **un alto grado de probabilidad**, que de haber recibido la gestante y el feto una atención oportuna y necesaria según los signos que presentaba la embarazada desde hacía varios días, no se habría producido la lesión neurológica en el recién nacido... Todas estas circunstancias, valoradas en conjunto según las reglas de la sana crítica, indican que la atención deficiente, imperita y negligente que recibieron la gestante y su producto, fue el factor decisivo que ocasionó los daños cuya indemnización se reclama (negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, la Corte hace referencia al criterio de *alta* probabilidad en el sentido que hemos venido analizando; sin embargo, dado que el recurso a este criterio de valoración no es tan usual en esta Corporación, como si sucede en el Consejo de Estado, ello no permite que se pueda concluir con certeza que la Corte Suprema acepta sin dificultad la adopción del criterio *grado de probabilidad preponderante* para la apreciación del nexo causal.

Esta afirmación cobra mayor evidencia en palabras del Magistrado Aroldo Quiroz Monsalvo quien en aclaración de voto manifestó lo siguiente:

Al respecto, sea lo primero expresar que la Corte tiene por admitido que el nexo causal es uno de los elementos requeridos para la configuración de la responsabilidad, sin que se haya admitido la posibilidad de sustituirla por una evaluación basada en análisis probabilísticos. «*Lo contrario supondría tener que convivir en una sociedad en la que haya que resarcir cualquier resultado dañoso por la simple razón de que uno de nuestros actos intervenga objetivamente en su causación, aun cuando escape a nuestra responsabilidad y se encuentre más allá de nuestro control*» (SC10298-2014, 5 ag. 2014, rad. 2002-00010-01, la cual reitera el proveído SC, 18 dic. 2012, rad. 2006-0094-01). Así lo ha reconocido, recientemente, en las providencias SC7824, 15 jun. 2016, rad. 2006-00272-02; AC2184, 15 ab. 2016, rad. 2010-00304-01; AC1436, 2 dic. 2015, rad. 2012-00323-01; SC13594, 6 oct. 2015, rad. 2005-00105-01; SC10808, 13 ag. 2015, rad. 2006-00320-01; SC17399, 19 dic. 2014, rad. 2002-00188-01; SC12449, 15 sep. 2014, rad. 2006-00052-01; entre otras³⁰⁶.

Con relación a la certeza, Geneviève Viney afirma, con acierto, que en materia de causalidad, la certeza exigida solo puede ser relativa, pues el derecho trata como cierto aquello que parece ser una probabilidad suficiente. Con esta afirmación, la autora recalca lo progresista que resulta

306 Aclaración de voto a la sentencia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. Op. cit.

el derecho francés si se compara con otros países del sistema continental europeo e introduce el desarrollo que en esta materia ha alcanzado Francia, concretamente, gracias al uso de mecanismos como las presunciones de hecho a las cuales sus jueces a menudo recurren para facilitar, en ciertos campos, la labor probatoria de la víctima cuando las circunstancias lo justifican. Por ejemplo, los eventos de contaminación del virus del sida y de la Hepatitis C, como consecuencia de transfusión sanguínea, son considerados como un terreno propicio para la aplicación de presunciones de causalidad. La autora recalca cómo las presunciones de hombre, que buscaban aligerar la carga probatoria de la víctima en este campo específico, fueron incluso elevadas a rango de presunción de derecho³⁰⁷.

Finalmente, a título de breve referencia se considera necesario tener en cuenta el reciente cambio de línea jurisprudencial que está proponiendo la Corte Suprema de Justicia en materia de nexos de causalidad. Se habla de la decisión contenida en el fallo del 30 de septiembre de 2016, que fue decretada por cinco (5) magistrados de los cuales dos (2) con salvamento de voto³⁰⁸. En el caso, la Corte declaró la responsabilidad solidaria de dos instituciones de salud que resultaron comprometidas por la muerte de una paciente, quien luego de presentarse al servicio de urgencias durante 4 días consecutivos, debido a fuertes dolores abdominales y calambres en la pierna derecha, era devuelta cada día para su casa con diagnósticos distintos (dolor debido a cólicos menstruales, infección renal, cólicos debidos a dispositivo intrauterino) y solo hasta el cuarto día fue operada encontrando como hallazgos una apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada, signos de irritación peritoneal y abundante salida de secreción purulenta fétida.

Al quinto día después de la cirugía la paciente fue dada de alta sin prescripción de ningún tipo de antibiótico, indicación de dieta o cuidados especiales. Luego de cinco días la paciente volvió en grave estado de salud (vómito, fiebre alta, dolores abdominales y calambres en las extremidades inferiores). De manera urgente fue sometida a una nueva cirugía y debido a su mal estado fue intervenida quirúrgicamente en cinco ocasiones más durante un lapso de seis días, permaneciendo todo ese tiempo en la unidad de cuidados intensivos, donde falleció como consecuencia de un choque séptico, previa sepsis abdominal y peritonitis.

307 Para el caso de la contaminación de VIH a través de la Ley n.1406 del 31 diciembre de 1991 y para el caso de la contaminación de VHC a través de la Ley n.303 del 4 marzo de 2002. Viney, Geneviève & Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 2006. Op. cit., pp. 220 y 250.

308 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. Op. cit. Con aclaraciones de voto de los Magistrados Luis Armando Tolosa Villabona y Aroldo Quiroz Monsalvo.

Esta singular decisión que, entre otras cosas, no ha sido recibida pacíficamente ni por la academia ni por los abogados, plantea una serie de propuestas, en varios ámbitos, que deben ser analizadas cuidadosamente por todos los jueces en la medida que intenta operar cambios profundos en el régimen tradicional de responsabilidad civil médica que ha seguido la Corte desde hace varias décadas. En suma, para la comprensión del planteamiento, a continuación se hará una breve síntesis a partir de las principales objeciones realizadas, alrededor del elemento que ahora estamos analizando, esto es, el nexo de causalidad; sin embargo, se reitera, no solo en este ámbito, sino en otros más, la citada decisión reevalúa conceptos ya consolidados en la jurisprudencia de esta alta Corporación.

Para ello, a continuación se extractan algunos de los apartes más significativos del fallo referentes a la relación de causalidad:

Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que este sea **normativamente atribuible** al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas)...

El daño jurídicamente relevante **debe ser atribuido** al agente como obra suya, **pero no como simple causalidad natural**, sino como **mecanismo de imputación** de la acción (o inactividad) a un sujeto...

Por tal razón, la *causalidad adecuada* que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, **debe ser entendida en términos de 'causa jurídica' o imputación**, y no simplemente como un nexo de causalidad natural. (Negrillas fuera de texto).

Esta decisión de la Corte ha llevado en términos generales a que se realicen los siguientes comentarios y planteamientos alrededor de la nueva propuesta que gira en torno al nexo de causalidad³⁰⁹:

- (1) El fallo reduce como única forma de responsabilidad la modalidad normativista, reasignando los supuestos para identificar la responsabilidad, desde un ángulo estrictamente normativo. Desde

309 Aclaración de voto del M. Luis Armando Tolosa al fallo Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. Op. cit. Opiniones de Tamayo, Javier & Rojas Jorge, “¿Hacia una nueva responsabilidad civil? Ámbito Jurídico, Análisis Jurisprudencial (23, feb., 2017). Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/civil-y-familia/hacia-una-nueva-responsabilidad-civil>

esta perspectiva, se defiende un esquema de responsabilidad desde la teoría de la imputación normativa, la que legitima la existencia de un derecho indemnizatorio, únicamente cuando exista un derecho consagrado legalmente.

La principal crítica a esta postura gira alrededor de una probable restricción del derecho resarcitorio, en la medida que al limitar las fuentes del daño a las aceptadas legalmente, se conduce a que si no existe disposición normativa previa, el daño sea considerado como jurídicamente irrelevante. En tal medida, la preocupación sienta su base en que no siempre los derechos subjetivos se encuentran normativizados, ni el ordenamiento puede regular la totalidad de los hechos dañosos, como sí ocurre en el sistema penal, de ahí la probable restricción del derecho indemnizatorio.

- (2) En contravía con la doctrina tradicional de la Corte que reconoce una doble manifestación de la causalidad, distinguiendo entre causalidad material y causalidad jurídica, la decisión en comento hace un esfuerzo por sustituir la categoría del nexo causal por la de atribución de la responsabilidad normativa, principio de la imputación normativa. Al proponer esta migración hacia lo que denomina teoría normativa de imputación, se deduce que el análisis causal o imputación normativa implicará que se despliegue, primero, una identificación de las causas naturales que dieron lugar al daño y, segundo, una selección de cuál de tales causas le es normativamente imputable al agente.

En suma, se critica en el fondo el hecho que en el fallo no se expusieron los motivos que justificaran por qué la relación causal debe ser superada por el criterio de imputación normativa.

- (3) Por otra parte, se considera que la providencia confunde imputación con causalidad, porque no obstante trata de distinguir estos dos conceptos, siendo válido pues en efecto se trata de dos conceptos disimiles, al final lo que hace es justamente confundirlos. Una prueba de ello, se encuentra en que la decisión confunde causalidad adecuada con causa jurídica o imputación.

Y además, respecto a la causalidad adecuada se observa que la sentencia la encara desde la imputación normativa. Por lo cual, se considera que la Corte debió precisar si la relación de causalidad y la imputación normativa son conceptos iguales o diferentes, o si la fórmula que se propone se aplica exclusivamente a la responsabilidad

objetiva dejando de lado la responsabilidad subjetiva o si los sistemas de responsabilidad subjetiva desaparecen del todo.

En suma, la crítica expresa que al considerar la responsabilidad y la misma culpabilidad en términos eminentemente normativos lo que está haciendo la Corte en el fondo es acercarse a la imputación objetiva de naturaleza penal, que enfrenta la responsabilidad en términos de adjudicación y de reproche meramente normativista.

Así las cosas, frente a esta nueva tendencia de la Corte Suprema de Justicia, los jueces y funcionarios tendrán que participar activamente en el desarrollo jurídico de esta materia, el cual podría implicar, como lo hemos observado, un abandono o un retorno respecto al régimen tradicional de la responsabilidad civil médica.

J	<p><i>Jurisprudencia</i></p> <p>Las sentencias que se relacionan a continuación, constituyen algunas de las más representativas, sin embargo, se recalca en la necesidad de revisar todas aquellas que han sido citadas, en la medida que, en su conjunto, abarcan la totalidad del desarrollo teórico de esta unidad.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 2011. M. P. William Namén, 15 septiembre de 2014. M. P. Margarita Cabello, 24 mayo de 2017. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona:</p> <p>El conjunto de estas sentencias muestra el importante desarrollo que ha alcanzado, en el concreto ámbito médico, el deber de información y el de obtener el consentimiento informado por parte del paciente. Se analiza su contenido, alcance, pruebas, entre otros aspectos.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto 2014. M. P. Ariel Salazar:</p> <p>Aunque no hace relación el ámbito específico de la responsabilidad civil médica, este fallo resulta importante en la medida que reconoció una tercera categoría de daño extrapatrimonial.</p>
---	--

J	<p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 octubre de 2005. M. P. Pedro Munar:</p> <p>La importancia de este fallo radica en el desarrollo que realiza alrededor de certeza como condición del daño resarcible. Igualmente, en el tratamiento del principio de prohibición de opción o de no acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. M. P. Ariel Salazar:</p> <p>No obstante, la polémica que ha suscitado, se recalca este fallo por las nuevas propuestas que trae en materia de nexo de causalidad, por el desarrollo que hace alrededor de lo que constituye el daño extrapatrimonial y la tasación del daño moral en \$60'000.000,00.</p>
---	---

AP	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>1. Lea el siguiente caso y analícelo pensando en la posible solución que usted le daría a la luz del régimen de responsabilidad civil médica:</p> <p>Emma presentó un embarazo que transcurrió de forma normal, sin ninguna complicación, siempre siguió todas las recomendaciones del médico tratante y asistió regularmente a todos los controles ordenados. El día 22 noviembre 2015 acudió a la Clínica privada “Océano” por iniciación del trabajo de parto por embarazo a término y en la historia clínica quedó constancia de que una vez hospitalizada y al encontrarse la criatura en posición podálica, le fue practicada una cesárea, sin complicación alguna, obteniéndose un niño de sexo masculino en buenas condiciones generales. Le dieron de alta el día 24 de noviembre siguiente y se dejó constancia que presentaba una “evolución estable”.</p>
----	---

Ap

Sin embargo, dos días después, esto es, el 26 noviembre 2015, Emma volvió por el servicio de urgencias a la Clínica y en la hoja de ingreso se registró que presentaba “fiebre, vómito, diarrea y salida de material purulento y fétido por vagina”. El médico de turno diagnosticó una infección en la herida de cesárea y permaneció internada en la clínica durante 3 días, pues se debió empezar tratamiento con antibióticos y controles localizados, para tratar de controlar la infección; sin embargo, comoquiera que tal infección fue imposible de contener y la paciente no presentó reacción positiva, el día 30 de noviembre 2015 se le practicó una histerectomía total (extirpación del útero), para controlar la infección y el abundante sangrado.

En el expediente no obra prueba alguna que indique que la paciente padecía dicha infección con anterioridad a la atención en la Clínica Océano; por el contrario, según los medios probatorios se trataba de una gestante en buenas condiciones generales, con un parto normal; además, según el testimonio de uno de los médicos que atendió a la paciente no había antecedentes de ninguna clase de infección en el organismo de la señora Emma que pudiera relacionarse con el proceso séptico que ella sufrió.

Respecto a las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, los datos científicos señalan que es improbable controlar y/o erradicar las bacterias hospitalarias, dado que la asepsia 100% es imposible de lograr en medio ambiente hospitalario.

Por otra parte, el dictamen técnico señaló que “la sepsis ginecológica es una de las complicaciones que se pueden presentar en un parto vaginal o por cesárea. En este caso el tratamiento médico quirúrgico fue el adecuado”.

2. Lea el siguiente artículo: M. Fernández, “Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano”. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Septiembre-diciembre 2016, Vol. 43, n. 3, pp. 849-875.

<i>Ap</i>	<p>Disponible en: www.redalyc.org/pdf/1770/177049708004.pdf</p> <p>3. Una vez realizadas las dos actividades anteriores, elabore un mapa conceptual donde a partir de la solución que usted pensó para el caso analizado (paso 1), logre compararla con la solución que el sistema colombiano le da a este mismo caso, pero desde la perspectiva de la jurisdicción contencioso administrativa.</p> <p>4. Finalmente, reflexione: ¿Cuál cree usted que es el mejor sistema de responsabilidad aplicable a los eventos de daño derivado de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias?</p>
-----------	---

<i>Ae</i>	<p>Autoevaluación</p> <p>Analice el siguiente problema y responda las preguntas que se enlistan a continuación. Se anticipa sobre la necesidad de dejar de lado las discusiones éticas, morales y/o religiosas que el siguiente caso pueda generar, con el objeto de centrarnos en el análisis desde la perspectiva netamente jurídica y más concretamente, desde la perspectiva de la responsabilidad civil médica.</p> <p>La Corte Constitucional colombiana, a través del conocido fallo C-355 de 2006, despenalizó la práctica del aborto en los siguientes tres eventos: “a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.</p>
-----------	--

<p><i>Ae</i></p>	<p>- Susana es una mujer en situación de discapacidad, que padece del síndrome de Pradder Willy (alteración genética, hipotónica y discapacidad intelectual) y fue víctima de acceso carnal violento, quedando como consecuencia embarazada. Su madre, en representación, acudió a la Clínica Esperanza de Vida y solicitó la práctica del aborto, allegando para ello la denuncia penal respectiva. El médico que la atendió presentó objeción de conciencia, sin remitir de manera inmediata a la paciente a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento. La madre siguió insistiendo pero tuvo que enfrentar una serie de barreras u obstáculos de orden formal que impedían el acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), tuvo que atender diversas exigencias administrativas irrelevantes y hasta imposibles de cumplir.</p> <p>- En vista de ello, la madre instauró acción de tutela a efecto de lograr la práctica urgente del procedimiento, pero el juez de primera instancia negó el amparo argumentando que ya a ese momento el tiempo de gestación era de 22 semanas y el juez de segunda instancia confirmó igualmente, porque el embarazo ya tenía un tiempo de gestación igual a 25 semanas. En el entretanto de todo este entramado Susana dio a luz a un niño.</p> <p>¿Considera usted que en este caso se podría iniciar un proceso de responsabilidad civil médica a efectos de obtener el resarcimiento del daño?</p> <p>¿Cómo se concretaría la culpa?</p> <p>¿En qué consistiría el daño indemnizable?</p> <p>¿De qué manera estaría determinado el nexo de causalidad?</p> <p>¿De qué naturaleza sería la responsabilidad?</p>
------------------	--

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Doctrina

Asúa, Clara. Responsabilidad civil médica. Reglero, Fernando. (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II. Navarra: Aranzadi, 2002.

Bellisent, Jean. *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*. Paris: LGDJ, 2001.

Bermúdez, Martín. La prueba de la responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios médicos. *Rev. Der. Proc.* Nos. 21-22, (1997).

Besio, Mauricio. El acto médico: ¿una creación original? Reflexiones sobre su esencia, surgimiento y riesgos a los que se expone. *Acta Bioética* No. 16 (2010); pp. 51-60.

Bona, Marco. Causalita scientifica e causalita giuridica. AA.VV. *Il nesso di causa nel danno alla persona*. Milano: IPSOA, 2005.

Brunhes, Jean. *Accidents therapeutiques et responsabilites*. Paris: Masson & C., 1970.

Capecchi, Marco. *Il nesso di causalità*. Padova: Cedam, 2005.

Capitant, Henri, Terre, François & Lequette, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa*. Tomo II. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional Ltda., 2005.

Carrillo, Jesús. La responsabilidad médica. *Rev. Der. Priv.* No. 5 (2000); p. 62.

Castaño, Ramón. *Medicina, ética y reformas a la salud. Hacia un nuevo contrato social con la profesión médica*. Bogotá: Ecoe, 2ª ed., 2000.

Chabas, François. La pérdida de la oportunidad (chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil. *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado* No. 8 (mar. 2000).

Chacón, Antonio. *Fundamentos de responsabilidad médica. Una perspectiva iberoamericana del derecho médico*. Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Cousin, Clément. *Vers une redéfinition de l'acte medical*. Rennes, 2016. 450 p. Tesis de doctorado. Université de Rennes. Faculté de droit et science politique.

De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas, 1995.

De Brigard, Ana. La culpa en responsabilidad médica. *Rev. Med. Leg.* Nos. 1 y 2, vol. XVI (1997).

De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Trad. 2ª ed. Martínez Ángel. Barcelona: Bosch, 1975.

Díaz-Granados, Juan. Reforma a la seguridad social. Ley 100 de 1993. *Fasecolda* No. 68 (1994).

Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, Tomo V, 2011.

Fernández, José. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Ed. Comares, 2002.

Fernández, Mónica. El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano. *Revista de Derecho* No. 2, vol. XXX (dic. 2017); pp. 317-337. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/758/774>

Fernández, Mónica. La protección del paciente frente a los deberes de información y secreto profesional médico. *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores* No. 35, vol. XVIII (ene. -jun. 2015); pp. 153-168. Disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2015000100009&script=sci-abstract&tlng=es>

Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica: problemas actuales*. Bogotá: Ibáñez, 2008.

Fernández, Mónica. La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario. Reflexión sobre sus efectos a nivel de responsabilidad. José Manuel Gual y Juan Carlos Villalba (Coords.). *Derecho de Consumo. Problemáticas Actuales*. Bogotá: Ibáñez, 2013.

Fernández, Mónica. Presente y futuro de la responsabilidad médica. *Responsabilidad civil y negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Santo Tomás-Ibáñez, 2011.

Fiori, Angelo. *Medicina legale della responsabilità medica*. Milano: Giuffrè, Tomo I, 1999.

Forchielli, Paolo. Colpa. I) Diritto civile. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Tomo 7.

Franzoni, Massimo. La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: ARA editores, 2001.

Fresa, Riccardo. La colpa professionale in ambito sanitario. Torino: Utet, 2008. p. 393.

Galán, Julio. *Responsabilidad civil médica*. Pamplona: Civitas – Thomson Reuters, 2011.

Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Ibáñez, 4ª Ed., 2010.

Giraldo, Luis. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Gobert, Michelle. L'aléa thérapeutique en droit civil. Didier Truchet (Coord.). *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*. Paris: Ed. Sirey, 1995.

Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2ª ed., 2000.

Guéniot, Maurice. Aspects nouveaux de la responsabilité du médecin. *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*. Paris: s. e., 1968.

Guigüe, Jean. La responsabilité civile médicale: Qui juge : l'expert ou le juge ? *La responsabilité médicale: de la faute au risque*. Bourdeaux: s. e., 1996.

Guzmán, Fernando & Franco, Eduardo. Aspectos probatorios de la responsabilidad civil médica. *Der. Col.*, vol. 78, n.º 444 (1998).

Guzmán, Fernando & Redondo, Herman. La ley 100 de 1993: ¿a quién beneficia realmente? *Rev. Univ. Rosario*, No. 581, vol. 91 (1998).

Guzmán, Fernando et ál. El acto médico. Implicaciones éticas y legales. *Acta Médica Colombiana*, No. 3, vol. 19 (may.-jun. 1994); pp. 139-149.

Henao, Juan. *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Hoyos, Ricardo. Evolución de la responsabilidad por prestación de servicios médicos y asistenciales en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado derivada de*

la administración y prestación de servicios de salud (profesional e institucional). Bogotá: Sideme – Temis, Tomo I, 2003. pp. 154-172.

Jaramillo, Carlos. Derecho privado. Estudios y escritos de derecho patrimonial. Tomo IV. *Responsabilidad civil*. Vol. 2. Bogotá: Universidad Javeriana-Ibáñez, 2014.

Jaramillo, Carlos. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá: Universidad Javeriana-Ibáñez, 2010.

Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 4ª reimpresión actualizada jurisprudencialmente, 2008.

Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente*. Bogotá: Javeriana, 2011.

Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

Jaramillo, Iván. *El futuro de la salud en Colombia. La puesta en marcha de la Ley 100*. Bogotá: FESCOL, FRB, Fundación Corona, 1997.

Jourdain, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 5ª ed., 2000.

Jourdain, Patrice. Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin. *Resp. Civ. et Assur., Hors-Série* No. 7-8 (1999); pp. 4-8.

Lambert-Faivre, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *R. T. D. Civ.* No. 1 (1998).

Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*. Bogotá: Legis, 2006.

Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2008.

Le Tourneau, Philippe. La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). *R. T. D. Civ.* No. 3 (1988).

Le Tourneau, Philippe. Responsabilité (en général). *Rep. Civ. Dalloz*, 2017.

Lecourt, Arnaud. *Fiches des obligations*. Paris: Ellipses, 3ª Ed., 2012.

Llamas, Eugenio. *Culpa médica y responsabilidad civil. Especialidades médicas problemáticas* (sin más datos).

- Lorenzetti, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos*. Lima: Grijley, 2005.
- Mastro Paolo, Fulvio. Danno. III) Risarcimento del danno. *Enciclopedia Giuridica*, T. VIII.
- Mazeau, Laurène. L'imputation de la responsabilité civile en contexte d'incertitude scientifique et technologique. *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* No. 4 (2014).
- Mazeaud, Henri, Leon, Jean & Chabas, François. *Leçons de Droit Civil. Obligations*. Paris: Montchrestien, T II, 9 ed., 1998.
- Mengoni. Luigi. Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico). I. L'oggetto dell'obbligazione nelle due categorie di rapporti. *Riv. Dir. Comm.* (1954).
- Mengoni. Luigi. Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico). III. Il limite di responsabilità nelle due categorie di rapporti. *Riv. Dir. Comm.* (1954).
- Moatti, Laurence. En l'absence de faute du médecin, n'existe-t-il pas un préjudice? *Gaz. Pal.* (2º sem. 1988).
- Morillas, Lorenzo & Suárez, José. *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Munar, Pedro. Aspectos modernos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. *Responsabilidad civil y negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Santo Tomás-Ibáñez, 2011.
- Namén, William. El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y delictual. *Tendencias de la responsabilidad en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad Javeriana-Dike, 2009.
- Novellino, Norberto & Sánchez Carlos. *Vademécum jurídico para defender a los médicos y su entorno*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
- Ospina, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 6ª Ed., 1998.
- Paley-Vicent, Catherine. *Responsabilité du médecin*. Paris: Elsevier Masson, 2002.
- Parra, Mario. *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.

Penneau, Jean. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. Paris: L. G. D. J., 1973.

Penneau, Jean. La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance. *Rev. Int. Dr. Com. P.* No. 2 (1990).

Penneau, Jean. *La responsabilité du médecin*. Paris: Dalloz, 3ª Ed., 2004.

Penneau, Jean. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 5ª. Ed, 2000.

Penneau, Jean. Médecine, (Réparation des conséquences des risques sanitaires). *Répertoire de Droit Civil*, Dalloz, 2015.

Penneau, Jean. Médecine. *Repertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013.

Pereira, Marta. La prestación del servicio de salud en Colombia. Tensiones entre derechos y servicios en el acceso al Sistema de Salud en Colombia. 2007. [en línea]. Disponible en www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-283.html

Pérez, Álvaro. *Teoría General de las obligaciones*. Bogotá: Temis, Tomo II, 1953.

Pérez, Álvaro. *Teoría General de las obligaciones*. Bogotá: Temis, Tomo III, 1954.

Petroni-Maudière, Nicole. L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médical. *Droit Médical* No. 6 (2001).

Poletti, Dianora. Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile. Nicolò Lipari y Pietro Resigno (Dirs.). *La responsabilità ed il danno*. Milano: Giuffrè, vol. III, 2009. pp. 292-341.

Ramírez, José. Estado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el campo de la responsabilidad médica. *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado derivada de la administración y prestación de servicios de salud (profesional e institucional)*. Bogotá: Sideme – Temis, Tomo I, 2003.

Rocha, Antonio. *De la prueba en derecho*. Bogotá: El Gráfico, 1940.

Rocha, Antonio. De la responsabilidad contractual y extracontractual. *Al Sr. Dr. Antonio Rocha. Homenaje de la Universidad Externado de Colombia con motivo del octagésimo aniversario de su nacimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1979.

Rojas, Sergio. *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Bogotá: Ibáñez, 2015.

Santos, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Bogotá: Javegraf, Tomo III, 2006.

Sargos, Pierre. *Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins. Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*. Paris: Dalloz, 2002.

Savatier, Rene et ál. *Traité de droit médical*. Paris: Librairies techniques, 1956.

Sella, Mauro. *La quantificazione dei danni da malpractice medica*. Milano: Giuffrè, 2ª Ed., 2009.

Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Droit Obligations*. Paris: Litec, 1996.

Starck Boris, Roland Henri y Boyer Laurent. *Les obligations. 2. Contrat*. Paris: Litec, 1998.

Suárez, Daniel. La responsabilidad de las entidades territoriales en la prestación de los servicios médicos. Particularidades que puede presentar este régimen en el campo de la ginecología, la obstetricia y la genética. *Rev. Der. Priv.* No. 4 (jul. 1998-dic. 1999).

Suescún, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis, Tomo I, 2004.

Tamayo, Alberto. En su intervención en la Mesa redonda No. 2 realizada con ocasión del encuentro "Un compromiso de todos con la salud y la justicia". *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Dike, 1993.

Tamayo, Javier & Rojas Jorge. "¿Hacia una nueva responsabilidad civil? Ámbito Jurídico, Análisis Jurisprudencial (23, feb., 2017). Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/civil-y-familia/hacia-una-nueva-responsabilidad-civil>

Tamayo, Javier. *Culpa contractual*. Bogotá: Temis, 1990.

Tamayo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis, Tomo I, 1999.

Tamayo, Javier. *Rapport colombien (I). La responsabilité. Aspects nouveaux (Journées panaméennes)*. Paris: LGDJ, 2003.

- Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, Tomo I, 2007.
- Tapia, Mauricio. Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Rev. Der. Univ. Austral de Chile* vol. XV (2003).
- Taruffo, Michele. Probabilidad y prueba judicial. Trad. por Mónica Fernández. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Memorias). Bogotá: Universidad Libre, 2005. pp. 1088 ss. También puede consultarse. Ampaya, M. et ál. *Teoría de la probabilidad: ¿Generadora de inseguridad jurídica?* Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2005.
- Terre, François, Simler, Philippe & Lequette, Yves. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Dalloz, 2002.
- Tomás, Gema. La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance. *Revista de Derecho Civil* No. 1, vol. II (ene.-mar. 2015); pp. 57-103.
- Trimarchi, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967.
- Truchet, Didier. Hôpitaux (Responsabilité des services hospitaliers). *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, 2016.
- Tunc, André. Force majeure et absence de faute en matière contractuelle. *R. T. D. Civ.*, 1945.
- Tunc, André. *La responsabilité civile*. Paris : Économica, 1989.
- Uribe-Holguín, Ricardo. Definición de varias palabras de uso frecuente en jurisprudencia y doctrina. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá: Temis, 1970.
- Uribe-Holguín, Ricardo. El pago de la obligación de medios. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá: Temis, 1970.
- Valencia, Arturo. *Derecho civil. De las obligaciones*. Bogotá: Temis, Tomo III, 1978.
- Vallejo, Felipe. La responsabilidad civil médica (ensayo crítico de la jurisprudencia). *Rev. Academ. Jurisp.* No. 300-301 (1993).
- Vásquez, Roberto. *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*. Rosario: Editorial Vélez Sarsfield, 1988.
- Vásquez, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Medellín: Dike, 1995.

Vélez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. París: Imprenta París-América, 1926, vol. VI.

Viney, Geneviève & Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. Paris: LGDJ, 1998.

Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2006.

Viney, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2008.

Weingarten, Celia. La relación de causalidad y la discrecionalidad científica. *Resp. Civ. Est.* No. 5 (1998).

Welsch, Sylvie. *Responsabilité du médecin*. Paris, Litec, 2003.

Yepes, Sergio. *La responsabilidad civil médica*. Medellín: Dike, 2004.

Yong, Samuel. *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2ª. Ed., 2012.

Zeno-Zencovich, Vincenzo. *La sorte del paziente*. Padova: Cedam, 1994.

Jurisprudencia

A. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 junio de 2017. M. P. Ariel Salazar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 mayo de 2017. M. P. Luis Tolosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 septiembre de 2016. M. P. Ariel Salazar

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 julio de 2016, M. P. Álvaro García.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 02 marzo de 2016. M. P. Margarita Cabello.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 septiembre de 2014. M. P. Margarita Cabello.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto 2014. M. P. Ariel Salazar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 agosto 2014. M. P. Margarita Cabello.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 01 noviembre de 2013. M. P. Arturo Solarte.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 noviembre de 2013, M. P. Arturo Solarte.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 septiembre de 2013, M. P. Arturo Solarte.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de noviembre de 2011. M. P. Arturo Solarte.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 2011. M. P. William Namén.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 septiembre de 2010. M. P. William Namén

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 Julio de 2010. M. P. Pedro Munar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 junio 2008. M. P. Pedro Munar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 octubre de 2005. M. P. Pedro Munar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 diciembre de 2005. M. P. Edgardo Villamil.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 mayo 2005, exp. 14415. M. P. Jaime Arrubla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 septiembre 2002, exp. 6143. M. P. Nicolas Bechara.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 septiembre 2002, n.6878, M. P. Jorge Santos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 septiembre 2002. Exp. 6199. M. P. Nicolás Bechara.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 septiembre 2002, exp. 6430. M. P. José Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 abril 2001, exp. 6436. M. P. Jorge Santos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 enero de 2001, exp. 5507. M. P. José Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 septiembre 1998, n.5143. M. P. Pedro Lafont. *G. J. CCLV*, II sem. de 1998, pp. 491 y ss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 julio 1994, exp. 3656. M. P. Pedro Lafont.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1 febrero 1993, M. P. Carlos Jaramillo, en *GJ. CCXXII*.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 septiembre 1985, M. P. Horacio Montoya en *G.J. CLXXX*, n.2419, p.407 y ss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 mayo de 1990, exp. 772468. M. P. Eduardo García.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 noviembre de 1986, exp. 2423. M. P. Héctor Gómez. *G. J. CLXXXIV*, p.358 y ss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 14 octubre 1959. M. P. Hernando Morales. *G. J. xci*, p.758-767.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 marzo 1942. M. P. José M. Blanco. *G. J. LII*, p. 920 y ss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 marzo 1940, M. P. Liborio Escallón. *G. J. XLIX*, pp. 116 y ss

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 noviembre 1935, M. P. Eduardo Zuleta Angel. *G. J. XLIII*, pp.175 y ss.

B. Consejo de Estado. Sección tercera:

Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 mayo de 2016, Exp. 33140. CP. Danilo Rojas

Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Correa.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 01 julio 2004, Exp. 14696, CP. Alier Hernández

Bibliografía

Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 abril 2002, Exp. 13675, CP. Jesús Carrillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 septiembre 2000, exp. 11405, CP. Ariel Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 septiembre 2000, Exp.11748, CP. Jesús Carrillo

Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 agosto 2000. Exp. 12123, CP. Alier Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 febrero 2000, exp. 11878. CP. Alier Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 octubre de 1999, exp. 12655. CP. María Giraldo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 mayo 1999, Exp. 11949, CP. Daniel Suárez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 mayo 1999, Exp. 11169. CP. Ricardo Hoyos, en *Anales* CLXXII, vol. II, 2 sem., 1999, p.540-557.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 mayo 1999, Exp. 11943. CP. Jesús Carrillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 noviembre 1997, Exp. 11701. CP. Daniel Suarez

Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 mayo 1996, Exp. 11301. CP. Jesús Carrillo.

Consejo de Estado, Sección tercera, 3 febrero 1995, Exp. 1942, CP. Carlos Betancur.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 noviembre 1992, Exp. 7336. CP. Daniel Suárez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 agosto 1992, Exp. 6754. CP. Carlos Betancur.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 agosto 1992, Exp. 7274. CP. Daniel Suárez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 marzo 1992, Exp. 6255. CP. Julio Uribe.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 octubre 1990, Exp. 5902, CP. Gustavo de Greiff.

C. Corte Constitucional:

Sentencias de Tutela:

Corte Constitucional, Sentencia T-850 del 10 de octubre de 2002. M. P. Rodrigo Escobar

Corte Constitucional, Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional, Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995. M. P. Alejandro Martínez

Sentencia de constitucionalidad:

Corte Constitucional, Sentencia C-182 del 13 de abril de 2016. M. P. Gloria Ortiz



IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia