

0600
35
1916
T.O.
0013

"COLEGIO ODONTOLOGICO COLOMBIANO"

POSTGRADO DE GERENCIA EN INSTITUCIONES DE SALUD Y
SEGURIDAD SOCIAL

3-7-01-004
Título
"RESPONSABILIDAD DEL ACTO MEDICO EN LOS
SERVICIOS DE SALUD"

PRESENTADO POR: MARGARITA FERNANDEZ ACEVEDO
RICARDO HERRERA ALVAREZ

Santafé de Bogotá D.C.

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO
DE GERENCIA EN INSTITUCIONES DE
SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

"COLEGIO ODONTOLOGICO COLOMBIANO"

**POSTGRADO DE GERENCIA EN INSTITUCIONES DE SALUD
Y SEGURIDAD SOCIAL**

**"RESPONSABILIDAD DEL ACTO MEDICO EN LOS
SERVICIOS DE SALUD"**

Tutor: GUILLERMO RESTREPO CHAVARRIAGA

Santafé de Bogotá D.C.]

DEDICATORIA

A MI ESPOSA MARTHA CECILIA

A MIS HIJOS JUAN PABLO Y MARIA ALEJANDRA

Por su comprensión y paciencia durante dos años de estudio. Són la razón de mi existencia y los promotores de este gran esfuerzo que hoy culmino.



DEDICATORIA

A MI ESPOSO GUSTAVO

A MIS HIJOS ADRIANA PATRICIA Y OSCAR ANDRES

Por su colaboración y paciencia para soportar la ausencia de uno de sus seres queridos durante dos años de estudio, en aras de la superación y el éxito obtenido producto de mi sueño hecho realidad, y lograr el bienestar de mi propia familia .

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCION	
I. MARCO TEORICO	6
II. MATERIALES Y METODOS	16
2.1. Qué es el Acto Médico	16
2.1.1. Características principales del Acto Médico	17
2.1.1.1. La Profesionalidad	17
2.1.1.2. La Ejecución Típica	18
2.1.1.3. La Curación o rehabilitación del enfermo	18
2.1.1.4. La Licitud	18
2.2. La responsabilidad del Acto Médico en los	

TABLA DE CONTENIDO

Servicios de Salud.	18
2.2.1. Responsabilidad Jurídica	19
2.2.2. La Responsabilidad Civil	20
2.2.2.1. Responsabilidad Civil por transmisión de Enfermedades	20
2.2.2.2. La responsabilidad civil en la medicina prepagada.	22
2.2.2.2.1. Elección libre por parte del usuario.	23
2.2.2.2.2. Servicio prestado por Instituciones o profesionales adscritos	24
2.2.2.2.3 Prestación directa del servicio por parte de la empresa.	24

TABLA DE CONTENIDO

2.2.2.2.4. La responsabilidad de los médicos en el ejercicio de la profesión.	25
2.2.2.2.5. Concerniente al no ejercicio de la profesión.	25
2.2.2.2.6. Corresponde al médico para ejercer su pro fesión.	25
2.2.2.2.7. Corresponde a las personas de carácter Jurídico, y de los médicos que de alguna forma ejercen su profesión.	26
2.3. El Perjuicio y su evaluación	27
2.3.1. Perjuicios materiales	28
2.3.2. Perjuicios morales	28
2.4. Daño, culpa y nexo causal en la responsa bilidad civil médica.	29
2.4.1. Daño reparable	30

TABLA DE CONTENIDO

2.4.2. Relación de Causalidad	30
2.4.3. La culpa médica y su prueba	31
 III. RESULTADOS	
3.1. El Acto médico frente a la historia	36
3.2. El Efecto de la Ley 100 y sus Decretos	
Reglamentarios sobre la Salud en Colombia	
y la Economía	53
 IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	57
 BIBLIOGRAFIA	62,63

RESUMEN

Nuestro trabajo de Investigación es de tipo documental y bibliográfico, si se tiene en cuenta además que el tema que nos ocupa es relativamente nuevo.

El Acto Médico tiene una responsabilidad de tipo civil y penal al igual que administrativo, circunstancias éstas que se desarrollan a lo largo de nuestro trabajo. Hemos tomado como base la Constitución Política de Colombia, la Ley 100 de 1993, El Código de Ética Médica, el Código Civil y Penal.

Sin lugar a dudas a partir de la reforma de la Constitución de 1991, y posteriormente con expedición de la Ley 100 de 1993, se da un cambio actitudinal en la población.

De ahí porque la Justificación de nuestro trabajo.

INTRODUCCION

El estudio sobre la responsabilidad médica ante la Ley es un aporte valioso a la información de un criterio nacional sobre lo que ha sido mirado con poco interés y a veces con desprecio por los dirigentes de la intelectualidad y la política colombiana. Quizá al deterioro a que ha llegado el mundo entero por las cosas del espíritu, la preocupación por lo que debe ser un ideal social, ha sido arrancada de las bases fundamentales de la educación profesional. Inculcar a la juventud un altísimo concepto de lo que debe ser su misión social como miembro de una comunidad humana, y por lo mismo la responsabilidad que le incumbe en el ejercicio de su profesión debe ser uno de los primeros instrumentos para el perfeccionamiento y engrandecimiento de la educación.

Se prevalece el ánimo informativo y el cuidado de tratar con dignidad, altura y realidad el tan apasionante como novedoso tema del ejercicio de las profesiones en Colombia, en especial de los médicos que es considerada no solo la más necesaria e importante acción, en bien de la

sociedad, sino también una de las más distinguidas actividades con que se puede colmar de gloria la inteligencia humana.

Siempre se observará que la ley avanza a la zaga de la ciencia aunque frente a las diversas inquietudes que puede generar el tema, hallamos que las dificultades de la relación médico-paciente están siendo cada vez más objeto de debate Judicial.

Las demandas por "malpráctice" (error médico) se han convertido en Estados Unidos en la pesadilla de los médicos y han generado una auténtica crisis en todo el sistema sanitario del país en los últimos años.

El temor de los médicos a ser demandados por "malpráctice" ha dado lugar que numerosos profesionales practiquen lo que se llama "medicina defensiva", es decir el sometimiento del enfermo a todos los análisis y pruebas inimaginables antes de dedicarse a avanzar en un diagnóstico, lo que eleva el costo de los tratamientos. Esta medicina a la defensiva es también negativa desde el punto de vista humano, pues es irritante, para la relación médico-enfermo, que aquel vea en el paciente un posible demandante ante los Tribunales.

Todo esto demuestra que la responsabilidad médica cobra una importancia, corriéndose el riesgo de pasar de la situación de las víctimas indefensas a otra situación no menos peligrosa la de los profesionales indefensos.

Hay que guardar distancia de los extremos, pues en el medio está la justicia, Esta justicia se alcanzará no cargando la responsabilidad sobre las espaldas del médico, si es que éste no ha obrado culpablemente, y por otro lado, evitando que la dificultad de la prueba de esa culpa se convierta en un escudo insalvable que le impida el acceso a una justa indemnización frente a los profesionales inescrupulosos.

Todo esto lleva a que los médicos, también en nuestro país, comiencen a practicar la medicina a la defensiva, lo cual "bajo la espada de Damocles de la Demanda Judicial, la relación médico-paciente que debe ser fluida, libre, y abierta a los tratamientos y decisiones, se transforma en un duelo de gladiadores, donde cada uno estudia con desconfianza a su adversario".

Con ello estaríamos contribuyendo a coartar la libertad del médico, quien debe elegir el tratamiento correcto, emprendiendo las iniciativas que estime correctas. El posterior control Judicial o ético sobre dicha conducta

para comprobar si hubo o no culpa, presenta el riesgo de coartar la elección e iniciativa del profesional, pues éste ante el riesgo de la posterior censura dejará de realizar aquellas intervenciones o curas más expuestas (aunque necesarias) y se vendría a situar en una posición de indecisión, lo cual redundaría en perjuicio del propio paciente.

Ante el temor de una rigurosa valoración a posteriori de su conducta profesional, puede ser llevado a practicar una medicina a la defensiva, desechando incluso la atención del paciente de alto riesgo.

Si se continúa la orientación hacia la responsabilidad objetiva y se asimila el ejercicio profesional médico dentro de las actividades riesgosas, pronto se advertirán las consecuencias de ésta actitud en nuestro país, con una medicina defensiva, la pérdida de la relación paciente-médico, el encarecimiento progresivo de los servicios médicos y el despoblamiento de las instituciones de salud, debido tanto al abandono de los científicos que no quieren ejercer bajo el peligro de una demanda como el hecho de devengar sueldos insuficientes en entidades que tampoco estarían dispuestas a respaldarlos.

Nuestro objetivo principal es establecer como, cuando y hasta donde va la



responsabilidad del acto médico en la prestación de los servicios de salud. Circunstancia ésta que debe analizarse; primero, atendiendo la legislación vigente sobre el tema y segundo acomodando a la realidad socioeconómica de nuestro país. Hoy en día la medicina pasó de ser artesanal a una medicina más específica. Donde dicho sea de paso es la especialidad la que regula el ejercicio de la medicina y por ende la responsabilidad del acto médico es cada vez mas concreta. Por eso preguntas como, hasta dónde va la responsabilidad del acto médico?, en este tipo de situaciones, son las que trataremos de dilucidar durante el desarrollo de este trabajo, para lo cual tomaremos de presente la Ley 23 de 1981 (Código de ética médica), principal gestor de la responsabilidad del acto médico y Constitución Política de Colombia (reforma de 1991) Ley 100 de 1993 y demás normas anexas y complementarias, Código Civil, Código Penal.

I. MARCO TEORICO

Para hacer este trabajo se tuvo en cuenta el material mencionado así:

- a. La Ley 23 de 1981 (Etica Médica).
- b. Constitución Política de Colombia sancionada y promulgada en 1991.
- c. La Ley 100 de 1993.
- d. Código Civil.
- e. Código Penal.

Cabe anotar que la Ley 23 de 1981 es la base fundamental para la responsabilidad del Acto Médico(1), allí se habla por primera vez de los deberes del médico en relación con el paciente. antes el ejercicio de la medicina sólo tenía derechos, de ahí porque el mayor síntoma de la descomposición social de un país se presenta cuando cada ciudadano cree tener solo derechos.

La Ley 23 del 18 de Febrero de 1991 constituye sin lugar a dudas el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica. Dentro de sus principios se tiene que la medicina propende por la salud del hombre y busca la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de los patrones de vida de la colectividad sin distinción de raza, sexo, religión, condición política o nacionalidad.

Es la primera vez que la medicina como profesión liberal e independiente, está regulada y determina claramente sus relaciones con el paciente, con sus propios colegas creando unos lazos muy importantes que deben servir como modelo para otras profesiones, y finalmente regula sus propias relaciones con las diversas instituciones creándoles un sentido de pertenencia con las diferentes entidades de salud de la cual forma parte.

La Constitución Política de Colombia sancionada y promulgada en 1991, busca por un lado fortalecer la unidad de la nación y además asegura a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz dentro de un marco Jurídico, democrático y participativo que garantiza un orden político, económico y social justo. En su artículo 26 se establece la posibilidad de escoger libremente profesión, arte u oficio, principio éste de carácter netamente liberal que garantiza al ciudadano

ocuparse en diversas actividades. De otra parte, los Artículos 48 y 49 hablan de la Seguridad Social y su participación, Pero qué es la Seguridad Social que define la Constitución de 1991? (2). Es una política del Estado que permite a todos los individuos estar protegidos contra todo riesgo durante toda su existencia, con un mínimo de condiciones adecuadas de subsistencia y con un máximo de condiciones de tal manera que pueda garantizarle a todos los colombianos; de ahí por que dice el artículo 48, que la Seguridad Social es un servicio público obligatorio y además constituye un derecho irrenunciable de las personas.

El artículo 49 de la Constitución determina el deber de las personas de procurar el cuidado integral de la salud y la de su comunidad. No se trata sólo de recibir un servicio, sino una participación activa de las personas. En este orden de ideas, podemos sin temor a equívocos observar el carácter filosófico plasmado en el Artículo 48 de la carta al exigir o al menos procurar que se haga, la obligación de atender la seguridad social a través de entidades públicas o privadas a toda la población colombiana.

Esta necesidad sentida, dió como resultado la promulgación en nuestro sentir de la más importante ley de que se haya tenido noticia en el presente siglo, es la Ley 100 de 1993 de seguridad social, sancionado en el gobierno de Gaviria.

Esta ha trascendido hasta ahora en la estructura organizacional y funcional de nuestra sociedad, pues nunca antes en la historia del país, se había

legislado en tal magnitud, aunque con resultados funestos para el sistema de salud en general y para los médicos en particular.(3).

Si nos detenemos a pensar un poco sobre la historia de la seguridad social en Colombia, nos podemos dar cuenta que ésta ha existido parcialmente. En Colombia nace como una consecuencia de enfrentar las desigualdades con estrategias que permitirán mejorar la calidad de vida, deteriorada en parte por el mismo sistema. En el pasado, la seguridad social incluía aspectos como la salud, vejez, invalidez, incapacidad y muerte; pero sólo accedían a estos servicios los que conformaban la fuerza laboral; era entonces la posibilidad de tener un derecho pero con una cobertura restringida. La seguridad social prestada en gran medida a través de la única institución que en ese momento hacía las veces de ente rector de las prestaciones económicas y de salud, el Instituto de los Seguros Sociales. Posteriormente fueron apareciendo una serie de instituciones de previsión social (salud y pensiones), hasta llegar a cerca de 1000 en todo el territorio nacional, evidenciando una gran ineficiencia.

Sin embargo, no obstante los grandes logros alcanzados por el ISS y otras instituciones del sector, deben destacarse grandes vacíos e inconsistencias

en la prestación de los servicios de salud, que han generado el descontento de los afiliados. Financieramente el sector se encontraba debilitado, por cuanto el gobierno nacional había utilizado las reservas para pensiones, en otras prioridades de la mal llamada inversión social.

Desde la sanción y aprobación de la Ley 100 de 1993, algunas instituciones como el Ministerio de Trabajo y de salud, las cajas de compensación, el Instituto de los Seguros Sociales, el Instituto de Bienestar Familiar y otras de carácter público y privado, están tratando de reestructurarse adecuadamente para asumir los nuevos retos de la ley y sobre todo para asumir algo que muy seguramente pensaron que nunca se volvería a dar, la competencia, un elemento importante por que influye directamente sobre la calidad de la prestación de los servicios. En otras palabras, toda entidad que tenga que ver con la seguridad social, debe llegar a tal punto de excelencia que pueda cumplirse aquellos postulados básicos que la ley promulga como son: La solidaridad, eficiencia, integridad, participación, unidad y universalidad.



Sólo en la medida que esto ocurra, nosotros los colombianos podremos enfrentar una serie de contingencias previsibles y no previsibles como la enfermedad, la invalidez, la ausencia de empleo, la muerte, la recreación y vivienda de tal manera que aumente la calidad de vida.

La Ley 100 contempla sin lugar a dudas grandes cambios, el más importante quizás, la ampliación de cobertura, la posibilidad que para el año 2001, toda la población colombiana tenga salud, al igual que el mejoramiento de la calidad que se genera por la libre competencia, la transformación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, la nueva modalidad del subsidio a la demanda en vez del tradicional subsidio a la oferta, la presencia del sector privado en el área de salud y pensiones, la creación del Instituto para la vigilancia y el control de medicamentos y alimentos, la creación de subsidios especiales y específicos para las personas de la tercera edad y el régimen de tarifas entre otras.

La Ley 100 en nuestro sentir fue una Ley mal escrita, poco analizada, aunque noble en sus ideales (cobertura a toda la población colombiana). En la actualidad cuenta con más de 120 Decretos reglamentarios y sin número de resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo, de Salud, de Hacienda y la Superintendencia Nacional de Salud entre otras.

Dentro de la reglamentación se hacen varios aportes y en materia de salud que es el tema que nos toca en este trabajo, podemos destacar como importante la constitución de varias Empresas Promotoras de Salud, posibilitando de ésta manera, la libre escogencia por parte de los afiliados, garantizando con esto la libre competencia y por ende el mejoramiento de la calidad. Se adelantó y desarrolló la transformación institucional de las entidades prestadoras de servicios del sector público, en Empresas Sociales del Estado, buscando que implementen y desarrollen procesos conducentes al mejoramiento de la gestión, la autonomía administrativa y financiera, el fortalecimiento de la capacidad de contratación con la E.P.S., asegurando en esta forma para sus afiliados, la operación de la red de prestación de servicios de salud.

Como podemos observar, la Ley 100 de 1993 (Ley de Seguridad Social) en un esfuerzo hecho por todos los partidos de diferentes matices, en la hoy consolidada carta pública de 1991. Es un documento que pone de manifiesto la pluralidad y la tolerancia como vías fundamentales en la búsqueda de un pacto social, hoy totalmente resquebrajado, pero que sin embargo seguimos anhelando todos los colombianos:

La Ley 100 reiteramos, determina que la seguridad social como servicio público esencial, prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad, unidad y participación y el estado garantizará a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social, la cual se desarrolla en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y a la calidad de vida.

Lo importante no es lo que se haya logrado con la expedición de la Ley 100, lo importante es estar atentos y nuestra disposición para atacar los problemas que surjan de aquello que ya se ha logrado.

Esbozando las principales características de la Ley 100 de 1993, y metiéndonos en el tema, es necesario ante todo mostrar la relación médico-paciente,- sociedad; ya que, esta debe ser una relación entre personas; circunstancia que a veces se dificulta cuando la atención médica se hace a través de una institución como el ISS u otra similar.

Sólo la formación humana del médico, hará que la relación siempre sea entre personas sin que ninguno de los dos se vuelva, o "un número de ficha" en el caso del paciente, o el doctor del consultorio 8.000 en el caso del médico.

Desafortunadamente la Ley 100 prácticamente eliminó el término paciente y lo convirtió en cliente el cual accede a la prestación de los servicios de salud por una ficha o una identificación similar, perdiéndose en esta forma la verdadera relación médico-paciente deshumanizando el servicio a la medicina al servicio del paciente.

La relación que se producía en el quehacer del médico, era beneficiosa para ambas partes. El paciente hoy cliente, se subleva de las acciones del médico; éste a su vez obtenía beneficios del paciente; no solo los honorarios recibidos, sino también aquella sabiduría adquirida en la escuela del vivir; pero esa enseñanza solo se obtenía cuando el médico veía en el paciente antes que todo una persona. Sin lugar a dudas todo médico tiene una deuda de gratitud con la sociedad y los pacientes gracias a los cuales aprendió la medicina, y el progreso de la medicina se hace, la mayoría de las veces, a costa del dolor de nuestros semejantes. El pensar esto nos debe producir un sentimiento no sólo de gratitud, sino de humildad.

La relación entre el médico y el paciente es peculiar por la situación de indefensión e inferioridad del paciente; es aquella actitud que la mayoría de las veces se adopta sobre todo en las instituciones de caridad; el médico,

frente al cliente indefenso, una actitud arrogante y deshumanizante. Lewis Thomas propone jocosamente que se esparzan los aerosoles con adenovirus en el aula de medicina para que los estudiantes al menos experimenten el dolor y el placer de estar con un severo resfriado.

Es muy disiente el modo como perciben los pacientes a los médicos en la época actual y el deterioro en la relación médico-paciente cada día es mayor, aunque puede explicarse pero nunca justificarse, por sin número de factores. La transformación rápida de la tecnología médica y la fragmentación de la atención obliga a que un paciente deba ser atendido por muchas personas; al igual que el aumento de los costos. Por eso, si queremos que los clientes recuperen la credibilidad en los médicos y vuelvan a tener fe, debemos cuidar no solo que la atención sea de buena calidad, sino que la actitud del profesional frente al enfermo sea bondadosa y humana.

II. MATERIALES Y METODOS

Nuestro trabajo de investigación es de tipo documental y bibliográfico para lo cual hemos definido el concepto del Acto Médico y a través de los diferentes libros que contemplamos en la bibliografía tocaremos diversos tópicos que atañen con la responsabilidad del acto médico y sus implicaciones, desde el punto de vista civil y penal, incidiendo en la prestación de los servicios de salud.

2.1. ¿QUE ES EL ACTO MEDICO?

El Acto médico en el cual se concreta la relación médico, paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus aptitudes y al tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico, se intenta promover la salud, curar, prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento, técnica, diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.(4).

2.1.1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL ACTO MEDICO.

La profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La Ejecución típica, es decir su ejecución conforme a la denominada "Lex Artir Ad-Hoc", sujeta a normas de excelencia de ese momento. El tener objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud, o sea la concordancia con las normas legales.

2.1.1.1. La Profesionalidad:



Pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico.

2.1.1.2. La Ejecución Típica:

Es decir, su ejecución, conforme a lo denominado "Lex Artis -Ad-hoc", sujeta a las normas de excelencia de ese momento. Regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no lo que debe hacerse; en definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano.

2.1.1.3. La Curación o rehabilitación del Enfermo.

2.1.1.4. La Licitud: O sea su concordancia con las normas legales.

2.2. la responsabilidad del acto médico en los servicios de salud.

Es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho o un acto.

Las normas de comportamiento social tratan de proteger a las personas (naturales o Jurídicas) entre sí, con el fin de evitar atropellos y en esa forma pueda mantenerse el equilibrio social en general.

En términos generales, la responsabilidad puede ser catalogada como **personal** (responder ante la propia conciencia de un acto inmoral), **profesional** (dar cuenta ante organismos encargados de vigilar que unas normas de conducta se cumplan) y **Jurídica** (responder ante la sociedad en cabeza de sus jueces, por una transgresión a la Ley.(5).

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

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

2.2.2. La responsabilidad civil: Puede ser contractual y extracontractual.

La primera se origina en el cumplimiento de obligaciones nacidas a través de un contrato. La segunda se origina en el daño al patrimonio de otra persona con quien no existe vínculo contractual y que se origina en una conducta que rompe el deber de la diligencia, cuidado y prudencia de las personas en sociedad. Este tipo de responsabilidad es transmisible, es decir, puede transmitirse a los herederos quienes deben responder con su patrimonio, de los hechos ocasionados por su pariente.(6)

2.2.2.1. Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades.

La mayoría de las veces, la responsabilidad civil por transmisión de enfermedades se presenta con la prestación de servicios médicos u hospitalarios y en éste orden de ideas se debe tener en cuenta varios aspectos como son: La responsabilidad civil de los laboratorios que suministran productos o servicios que culminan con la transmisión de una enfermedad, la responsabilidad de los médicos por la transmisión de enfermedades, la responsabilidad de clínicas u hospitales cuando en virtud de los servicios prestados, se transmite alguna enfermedad.(11).

Finalmente en todos los eventos anteriores, se encuentra un elemento común de enorme dificultad, cual es el nexo de causalidad, en otras palabras cual fue el móvil o la causa que dio origen a las circunstancias objeto del acto responsable.

En este siglo son dos las epidemias que azotan a la humanidad: El Sida y el Cólera, Por consiguiente, quien transmita cualquiera de éstas enfermedades, podría ser responsable civilmente por los perjuicios causados.

Todo lo anterior, propone sacar unas conclusiones:

1. En la medida que los laboratorios en el suministro de sangre, entreguen un producto correctamente procesado, y elaborado, según las técnicas que se dispongan para ese momento, se estará eliminando el riesgo y por consiguiente el grado de responsabilidad.
2. Tanto los particulares como el Estado responden extracontractualmente y objetivamente en caso de que con sus actividades se contagie a terceras personas, en virtud de la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas.

3. Cuando personas ajenas al paciente pueden ser contagiadas por el Sida que dicho paciente sufre, el médico no incurre en responsabilidad por violación al secreto profesional, al informar de ello a las víctimas potenciales.

4. El estado, los patronos y los establecimientos educativos, entre otros, pueden responder civilmente, si las personas que tiene bajo su vigilancia o cuidado, contagian a otras personas por no haberse tomado las medidas preventivas del caso.

2.2.2.2. La responsabilidad civil en la medicina prepagada.

La responsabilidad civil de las empresas de medicina prepagada está regulada por el Decreto 800 de 1992 y artículo 35 y son de naturaleza contractual y en éste orden de ideas, el posible perjuicio, que se pueda causar como consecuencia del incumplimiento contractual, puede ser heredado o transmitido a terceros, cuando sufren un perjuicio de carácter personal.(11).

En los sistemas de medicina prepagada, las empresas que prestan tal servicio pueden hacerlo de diferente manera. Unas le dan la oportunidad al

usuario de escoger libremente tanto las personas naturales como Jurídicas que hayan de prestarle los servicios de salud, limitándose la empresa de medicina prepagada a reembolsar el valor de los servicios de acuerdo con lo estipulado en el contrato.

Otra modalidad consiste en que la empresa de medicina prepagada entrega al usuario una lista de las personas naturales o Jurídicas que prestan el servicio. Finalmente la empresa directamente puede prestar el servicio, bien con su personal o subcontratado. En cada una de éstas circunstancias el nivel de responsabilidad tiene un enfoque diferente.

2.2.2.2.1. Elección libre por parte del usuario.

El Decreto 800 de 1992 da a entender que las Empresas de medicina prepagada adquieren una obligación de hacer, consistente en gestionar y prestar los servicios médicos asistenciales a los usuarios. Sin embargo, esto no es así. Cuando hay libre elección, no habrá ninguna responsabilidad civil de dichas empresas en el evento de una mala prestación en el servicio por parte de las personas escogidas, siempre y cuando ésta no tenga ninguna dependencia laboral con la empresa de medicina prepagada. Obviamente esto no es óbice para que el usuario que recibió un precario o

deficiente servicio de la Institución correspondiente, pueda iniciar una acción por responsabilidad civil.

2.2.2.2.2. Servicio Prestado por Instituciones o Profesionales Adscritos:

En éste sentido, la responsabilidad la asume la entidad que entregó la lista al usuario por que en la mayoría de las veces, la persona natural o Jurídica, no tiene toda la infraestructura, o no cuenta con todos los recursos, eventos en los cuales la empresa de medicina prepagada responde por el posible perjuicio causado y cesará únicamente en la medicina que se establezca una tarifa previa en forma tal que el usuario asuma los mayores costos que deba pagar al médico o a la Institución de salud escogida.

2.2.2.2.3. Prestación directa del servicio por parte de la empresa.

En éste evento la Ley es muy clara y las empresas de medicina prepagada serán responsables cuando se preste el servicio en forma directa por las faltas o fallas ocasionadas por algunos de sus empleados, sean éstos del área administrativa o asistencial; y siempre que se realice en las

instalaciones y con instrumental y personal médico y paramédico bajo su total dependencia.

2.2.2.2.4. La responsabilidad de los médicos en el ejercicio de la profesión.

Comprende varias clases de responsabilidad emanadas de la Ley.

2.2.2.2.5. Concerniente al no ejercicio de la profesión.

Responsabilidad que tanto del no ejercicio como del ejercicio, pero haciendo omisión del texto legal que dice: La medicina constituye una función social, puede acarrearle al que viole lo dispuesto sobre el particular.

2.2.2.2.6. Corresponde al médico para ejercer su profesión.

Ya que en la práctica cometer actos delictuosos por acción o por omisión. Abarca además a todos los médicos que practican en privado la profesión, a los practicantes, los enfermeros, los parteros y en general, todo individuo que ejecuta actividades médicas general o especial, como la cirugía.

2.2.2.2.7. Corresponde a las personas de carácter Jurídico, y de los médicos que de alguna forma ejercen su profesión.

En cuanto son miembros de esas instituciones de derecho privado o público. Trataremos pues de la responsabilidad que puede caberla a estas entidades como personas Jurídicas que son por ejemplo: Las clínicas particulares, los hospitales privados o del estado, y las que con fines más que todo comerciales ejercen o practican como objeto de especulación el servicio médico y de salud.(7).

En todos los países se ha despertado una gran preocupación tendiente a dar las mayores facilidades posibles a su desarrollo a fin de obtener con ello un más efectivo impulso en las investigaciones científicas; pero también, como producto de las mismas, se han visto obligados a dictar y consagrar medidas tendientes al control del servicio, a disponer que la práctica de ella se realice en parte con provecho social.

Es decir, se han implantado normas reglamentarias, ya en defensa del mismo profesional, bien como una defensa de la ciencia o para salvaguardar la salud pública y social. La responsabilidad de los médicos es pues un producto del progreso de la medicina.

2.3. El perjuicio y su evaluación.

El perjuicio o daño es un ingrediente esencial en la responsabilidad Jurídico civil, independientemente que sea contractual o extracontractual, es esencial porque civilmente no existiría obligación de indemnizar sino aparece claro el daño.

Se entiende por daño, el menoscabo que se ocasiona a un interés lesionado, perturbado o agredido éste o no consagrado como un derecho real u objetivo; pero ese menoscabo a un interés debe ser referido a algo concreto, generalmente a un bien que se destruye, deteriora o modifica. Ese interés lesionado tiene que ser propio, esto es, referido a la persona afectada y no se puede pretender algún tipo de indemnización cuando el daño es causado a otra persona, a no ser que ese tercero esté representado o afectado, como por ejemplo en su calidad de apoderado.

El daño para que sea indemnizable debe contar con una serie de requisitos: Ante todo debe ser cierto y además no haberse pagado. La certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia independiente de la futuridad del perjuicio, esto es, no importa que sea pasado, presente o futuro..

El daño puede ser material o moral y los materiales a su vez se subdividen en daño emergente y lucro cesante.(8).

2.3.1. Perjuicios materiales: Son los que afectan el patrimonio económico de las personas. Esta clase de perjuicios tradicionalmente incluyen el daño emergente y el lucro cesante. El primero se traduce en el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado. El lucro cesante en cambio es entendido como la privatización de un aumento patrimonial, en otras palabras, es la falta de rendimiento, de productividad originada en los hechos dañosos.

2.3.2. Perjuicios morales: Afectan aspectos íntimos, sentimentales, afectivos como la angustia por la muerte de un ser querido, además facetas de la personalidad, como el derecho a la integridad corporal, el derecho a un buen nombre etc.

La indemnización de los daños materiales o morales es la finalidad de la institución de la responsabilidad civil, es pagar o compensar, el daño que se ha ocasionado. Ese daño debe ser obviamente evaluado. ¿Qué sucede

con la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre el momento del hecho dañoso y la sentencia? Por eso la evaluación se traduce en ese menoscabo sufrido desde el momento del acaecimiento del daño hasta el momento del acto que ordena la indemnización.

2.4. Daño, culpa y nexo causal en la responsabilidad civil médica.

Ante todo, es necesario tener en cuenta que deben darlos los tres elementos (daño-culpa y nexo causal), para que pueda hablarse de responsabilidad. Ahora bien, estudiaremos cada uno de los elementos.(9).

El hecho humano: El actuar u omitir, esto es el intervenir o abstenerse de realizar una conducta produce un cambio en el mundo exterior que puede traducirse en una conducta favorable o lesiva que lleva como consecuencia un perjuicio o beneficio.

La Jurisprudencia ha dicho: "La omisión de todo recaudo apropiado o inmediato para la atención de un paciente en muy grave estado, significa violar la obligación de obrar con prudencia y diligencia que incumbe a los médicos, y que naturalmente resulta también exigible a quienes ejerciten este



arte mediante una clínica o institución semejante, como es el caso del Instituto codemandado”.

2.4.1. Daño Reparable: La consideración del daño debe ser sumamente estricta, tanto en su aspecto material, corporal, mental como moral.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado en un fallo de suma importancia que el daño a la persona, para ser considerado daño reparable, basta que afecte a la integridad física, aún cuando no sea un detrimento al *Homus Económico*.

2.4.2. Relación de Causalidad: La importancia de éste tema, radica en la selección de las distintas condiciones que pudieran actuar en el acaecimiento del daño, de tal forma que alguna de ellas, adquiere categoría de causa determinante del mismo. Así por ejemplo, el vínculo causal existe cuando han mediado actos positivos del médico que provocaron daños corporales al paciente. Pero ése vínculo no existe solamente en casos supuestos, sino también cuando una omisión del médico o no aplicación del tratamiento debido, priva al enfermo de una manera cierta, de la posibilidad de curación que razonablemente tenía derecho a esperar.

La relación Jurídica médico-paciente es de naturaleza contractual y fuente de derechos y obligaciones para ambas partes. Cuando un enfermo no recupera su salud, como el acreedor su interés, no ha sido satisfecho y la prestación cumplida por el médico, con la prescindencia de la ineficiencia o bondad de los medios utilizados, tampoco ha alcanzado su objetivo o finalidad que era satisfacer el interés del acreedor, cuando ese resultado no se logra, debe entenderse que hay incumplimiento, si además de éste se acredita un daño, una adecuada relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño y existen razones (Culpa, riesgo, seguridad) que permitan atribuir al incumplido las consecuencias de su obrar, se decretará la responsabilidad civil de éste.

Debe tenerse en cuenta que la relación médico-paciente aunque es de carácter contractual requiere ligarse de unos medios probatorios ya que en la praxis, sino existen estos, es supremamente difícil establecer una verdadera responsabilidad. Igual circunstancia se da en el caso de una relación extracontractual. Solo el medio probatorio permite determinar la responsabilidad y el grado de ésta.

2.4.3. La culpa médica y su prueba:

Hay que tener en cuenta ante todo que si el médico goza de plena libertad para elegir el tratamiento correcto al paciente, lo es también el hecho que, existe sobre esa conducta un posterior control Judicial para certificar su cumplimiento y comprobar si existió o no la culpa. Este temor llevó al médico a practicar una medicina a la defensiva.

La responsabilidad médica constituye parte esencial de la responsabilidad profesional, al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general. Por consiguiente es un error pensar que el médico sólo debe responder el caos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, etc. Por que cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad. Así las cosas, la culpa de los profesionales de la salud es la culpa corriente o común favorable con arreglo a las normas.(10).

Para establecer si se ha incurrido en incumplimiento de la obligación de prestar asistencia médica, ha de privar un criterio estricto en la apreciación de la culpa. Cuando por ejemplo el demandado es un médico especialista, mayor es su responsabilidad, porque su aptitud le permite estar en mejores condiciones para advertir las consecuencias de un mal y donde existe un

peligro potencial, mayor deben ser las previsiones que debe tomar.

Existe otro criterio y otra corriente consistente en que el médico solo debe responder cuando existe culpa grave, entendiendo como tal el actual consistente que puede afectar eventualmente la vida al paciente al existir negligencia, imprudencia o impericia. Sin embargo, nosotros consideramos que debemos tomar partido y por eso creemos que al médico en su actuar debe responder por la culpa común, por la culpa corriente, ya que aunque la obligación del médico es de medio y no de resultado, no es menos cierto que siempre está de por medio la vida de las personas, circunstancia que no admite el más mínimo error. Debe responder por consiguiente por la más mínima falta, Por lo que consideramos que el fallador en un proceso determinado debe ser lo suficientemente riguroso para pensar que cualquier falla puede comprometer la responsabilidad del médico.

Lo anterior no es óbice para que se descuide de un tajo un principio constitucional fundamental consagrado en el Artículo 29 y que es la presunción de la inocencia, según el cual, ningún habitante del territorio colombiano, podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante Juez o Tribunal.

En éste orden de ideas, nadie es culpable hasta tanto no se demuestre lo contrario. El Consejo de la Comunidad Económica Europea ha elaborado una propuesta sobre el tema de la responsabilidad y en su proyecto contiene aspectos importantes como el contemplado en el Artículo 1o. del Proyecto y en el Inciso Primero del Artículo segundo así:

Artículo Primero: El prestador de los servicios será responsable del daño causado por su culpa, en el marco de la prestación del servicio a la salud y a la integridad física de las personas....”.

Artículo Segundo: “La carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbe al prestador del servicio”, Circunstancia que hoy reina aquí en Colombia. Inicialmente la carga de la prueba incumbía al paciente (cliente) quien debía demostrar la negligencia del médico, es decir su culpa, aspecto éste sumamente difícil si se tiene en cuenta que el paciente se encontraba en una situación de indefensión en relación con quien prestaba el servicio.

Por eso la Jurisprudencia Colombiana cambió en este sentido y es al médico ahora a quien le toca demostrar que actuó con diligencia, cuidado y con ausencia de culpa.

Tercero. A los fines de evaluar la culpa, se tiene en cuenta el comportamiento del prestador del servicio que asegura....

Cuarto. El mero hecho de la existencia o la posibilidad de un servicio más perfeccionado al momento de la prestación o en su seguimiento, no configura culpa.

A su turno el inciso primero del Artículo Segundo define que es servicio y en éste sentido se entiende como cualquier prestación realizada a título profesional o de servicio público, en forma independiente a título oneroso o no.... Lo importante de la propuesta es que se invierta la carga de la prueba como en el caso colombiano, en favor de la víctima.

Ahora bien, hemos tocado la responsabilidad del acto médico, desde el punto de vista civil, debemos manifestar que el acto médico puede llegar a tener consecuencias penales, que tratándose de pacientes se traduce en la muerte.



III. RESULTADOS

3.1. EL ACTO MEDICO FRENTE A LA HISTORIA

El ejercicio de la profesión médica es tan antigua como la humanidad y por lo que correspondía a las obligaciones que en los primitivos tiempos sobre sí las personas que se dedican al ejercicio de ella, aparecen resultados con caracteres claros como la de que ella tenía que ejercerse, en gran parte como una "función social". Esta forma de concebir la medicina con la misma modalidad que actualmente exigen los estados modernos, no es pues una novísima creación. Desde que los pueblos nacientes a la civilización se dieron cuenta de que para poder seguir como fuentes y como estados de alguna importancia era necesario imprimir a los grupos que se avenía por la raza, lengua, costumbre, etc.... una organización acomodada al papel que iría a desempeñar en el mundo de entonces, comenzaron a exigir de los asociados el concurso solidario y recíproco de sus actividades.

Fue de ésta manera como, engrosándose el cúmulo de deberes y a la vez de derechos que desde que el hombre aparece en sociedad, tiene para con él mismo y para con sus semejantes, alcanzaron engrandecimientos en las actividades, comenzaron a desarrollarse pero también empezaron a ser reglamentadas, todo en busca de la solidaridad y grandeza social.

La medicina aparece desde sus primeras manifestaciones con cierta reglamentación; y los gobiernos de entonces, hasta nuestros días continuaron preocupándose por perfeccionarla, haciendo ver que tanto el mérito de ella como la situación destacada que debe ocupar dentro de las demás actividades ejecutadas por el hombre, reside única y exclusivamente en el ejercicio recto, en la practica digna y moderada.

La medicina como cualquier otra profesión constituye un capital explotable, y que nuestros legisladores le han imprimido bajo responsabilidad de carácter de servicio social, es decir que ella debe ejercerse con sentido humanitario y solidario, como que constituye una función social que debe ser cumplida por el profesional.(12)

Que de ésta manera ella va orientándose con las demás profesiones a las nuevas modalidades del derecho, circunstancia en un todo acordes con el

nuevo régimen que a las actividades humanas individuales y del Estado, se les va dando en la nueva época moderna.

El ejercicio de la medicina ha venido cambiando substancialmente durante el transcurso de la humanidad.

Desde los conocimientos de la humanidad el ejercicio de la medicina ha venido generando algún tipo de responsabilidad la cual día a día se hace cada vez más explícita con mayores niveles de responsabilidad.

En algunos pueblos del mundo primitivo surgió la responsabilidad médica, aún en contra de los mismos médicos que se oponían con insistencia y argumentaban diciendo con grande ingenuidad que su posición destacada los hacía responsables.

Los estados pues, por encima de tan “**poderosos**” argumentos no se detuvieron e impusieron la responsabilidad a todos los facultativos de entonces, y, por tanto, eran castigados con gran severidad cuando cometían faltas profesionales médicas, sanciones que se hicieron extensivas a las mujeres que también tenían la facultad de curar.

La medicina en el pueblo caldeo -asirio y al igual que otros grupos del Oriente, conocieron la medicina por un conjunto de ilustraciones gráficas y normas que le fueron transmitidas de generación en generación, desde remota edad.

El pueblo caldeo tuvo su concepto médico debido al conocimiento que del mundo poseía. Para ellos el mundo estaba regulados por tres principios. La noción de la influencia y el conocimiento de las normas naturales que rigen la vida de los astros cuyo dominio se les hacía manifiesto y, su poder, les revela la influencia de los dioses sobre el mundo y los hombres.

El Código de Hammurabi dictado por el monarca del mismo nombre de Mesopotamia, fue encontrado por Morgan y un ejemplar se encuentra en el Museo de Louvre. Este código fue considerado el libro de la Ley y el libro de los médicos, pues prescribía las medicinas, la terapéutica y la cirugía.

Estableció por primera vez una reglamentación, tal vez la más rigurosa conocida, sobre el ejercicio de la medicina. Es tan valioso documento histórico, que se encuentra algunas operaciones, la forma como debían tratarse los enfermos y las más severas reglas sobre responsabilidad profesional. Dispone también con severidad y detalle lo

indispensable sobre el importante tema de la responsabilidad del médico en las cuestiones de obstetricia. Con gran detenimiento, sabiduría y justicia, habla de las sanciones y fija los castigos para los médicos culpables acusados de faltas cometidas, en general, en los actos profesionales. Fuertes y graves mutilaciones corporales, suplicios y demás formas de dolor como castigo se consignan en tan famosos estatutos.

En el pueblo caldeo existieron profesionales de las ciencias médicas que las explotaron para obtener su sustento. En ocasiones los sacerdotes tenían la facultad de ejercerla conjuntamente con los actos del culto y aplicando una terapéutica apropiada a sus creencias.

Los médicos tenían derecho a prescribir honorarios por sus servicios, pero estos no podían ser cobrados con toda la libertad profesional. Ellos estaban regulados en reglamento y tasados por los medios de tarifas especiales, discriminados de acuerdo con la calidad del servicio prestado y la capacidad económica del beneficiario.

El ejercicio de la medicina entre las personas estaba confiado en su iniciación, a los adoradores de Mazda, mejor, a sus elegidos. En el libro "VENDIDA" se establece las penas para los médicos que cometían faltas contra la profesión, se hace la codificación sobre honorarios y se prescriben las



pruebas a que deben someterse los aspirantes para obtener la licencia y entrar al ejercicio profesional.

La práctica de ésta actividad fue libre para todo el que quisiera ejecutarla, más cuando los gobiernos se dieron cuenta de la importancia que para el pueblo tenía esta actividad, dictaron reglamentos que podrían decir hoy, fueron sorprendentes y acompañados de una energía que no ha sido superada en los tiempos modernos.

recordemos que entre los Egipcios, el principio de responsabilidad médica fue un hecho admitido, aunque no en los albores de ella que como se dijo, el médico estaba exento de toda responsabilidad a causa de las ideas dominantes sobre el origen divino de las enfermedades y consecuencias. Pero ya en épocas posteriores, los médicos y algunos sacerdotes estaban obligados a ceñirse y observar ciertas prescripciones médicas que los podían hacer responsables o no. Existían varios formularios contentivos de recetas médicas y su observancia era obligatoria para la práctica, nadie podía apartarse o dejar de cumplirlas puesto que acarrearía la correspondiente sanción para el violador de tales prescripciones.

Estos formularios médicos estaban codificados y era de origen oficial. Si los médicos eran fieles a ellos, a las fórmulas escritas en tal código que fue llamado por Herodoto "El libro sagrado", no tenía ninguna responsabilidad, aunque por otra parte los resultados de intervención fuera desastrosa. Pero si el médico se aparta de ellos de buena o mala fe, tenían como pena o sanción, si los resultados no eran satisfactorios, entre otras la pena de muerte.

Este sistema de formularios médicos se hizo extensivos para otras ciencias, la costumbre de emplearlos y practicarlos se extendió a otras naciones vecinas. De ahí que si se puede asegurar, sin lugar a duda, que debido al influjo de las ciencias Egipcias en Grecia y Roma, los formularios que en este pueblo se usaron, especialmente en la Jurisprudencia, tuvieron su origen en las costumbres egipcias.

El ejercicio de la profesión médica en Grecia, fue en un principio libre, lo que hacía que al lado de los que poseían la ciencia, se situaran los charlatanes e inescrupulosos con su competencia desleal que era admitida sin ninguna cortapisa. Luego viene la reglamentación, por medio de la cual se prohibió el ejercicio sin fundamento científico y sin el respaldo de algún título.

En cuanto a los requisitos indispensables para poder practicar el arte médico, sobresale el del **"Juramento de Hipócrates"** que, por regla general, era exigido a los que por algún derecho habían sido acreedores al permiso de ejercer. Dicho juramento tenía un fondo moral de grande alcance, la ética profesional era su finalidad.

Igualmente sostenía Platón que la responsabilidad del médico era un hecho aceptable cuando el profesional actúa de buena fe. Mejor sin dolo. Más, no era benigno el castigo para el médico que actuaba causando un perjuicio al paciente o con mala fe.

La responsabilidad civil y penal en Roma., se hizo necesaria y se plasmó en normas de derecho en la legislación, no en los primeros tiempos (por que cualquiera que quería ejercer la medicina podía hacerlo sin ninguna responsabilidad), sino años después y durante la Roma organizada Jurídicamente. Ejemplo de ello tenemos en las llamadas "Leyes de Numa", en donde se encuentran algunas operaciones quirúrgicas y otras relativas al ejercicio de la odontología.

Las sanciones establecidas para los violadores de estas normas son muy explícitas y enérgicas. "La Ley AQUILIA", por otra parte, consagra con

mayor precisión que las leyes de Numa, la tesis de la responsabilidad penal de los médicos, la manera de contratar su ejercicio y algunas de sus sanciones.

En el "Pueblo Chino", al contrario del pueblo Arabe, la medicina no evolucionó mucho, pero en cuanto a la responsabilidad, ella existió con energía. El médico que separa de las antiguas costumbres, como por ejemplo: La de practicar las visitas médicas en horas de la mañana, puesto que esas visitas estaban fijadas de antemano según la gravedad del enfermo, y otras circunstancias, si se violan estas disposiciones los culpables eran castigados con penas severísimas, entre otras la suspensión del arte. Todavía hoy, en la época moderna, se continúa con estas prácticas como por ejemplo, la de no practicar nuevas visitas sino con una orden previa y escrita del jefe de salubridad.

Los médicos y los químicos árabes, eran muy dados a las investigaciones con los elementos generales. En especial, se tuvo en grande estima, los experimentos tendientes a encontrar el Elixir de la larga Vida y las cualidades del oro potable, para con estos obtener la eterna juventud, y la curación de numerosas enfermedades.

En Bagdag, existió una oficina denominada de "Vigilancia de los Oficios y Costumbres", encargada de vigilar las prácticas religiosas, las actividades de los médicos, los cirujanos, drogueros y vendedores de esencias y perfumes. También examinaba a los que ejercían las medicinas sanitarias sobre sus conocimientos anatómicos y otras ramas de la ciencia.

Dentro de la organización y manera de ejercerse la medicina en los pueblos de Europa Occidental, también surgió con gran vigor la tesis de responsabilidad médica. Al efecto se consideró este problema con gran amplitud y desactividad en la legislación de tales pueblos: No basta recordar que la época de **dinastías francas, lombardas, visigodas y borgoñas**, los médicos y más personas dadas a esta profesión, tenían que cumplir fuertemente normas de conducta al respecto cuya violación derivaba sanciones de consideración, como la pena de destierro.

Por lo que antes hemos relatado que el problema de la responsabilidad del médico no es una concepción legislativa y que, cuando en las primeras épocas se vistieron normas o costumbres que consideraban la irresponsabilidad, también es cierto que regía para las ciencias el hecho de que tal proceder se justificaba ya que por un lapso inmemorial se consideró que la causa de las enfermedades, no era proveniente de hechos humanos



En Bagdag, existió una oficina denominada de "Vigilancia de los Oficios y Costumbres", encargada de vigilar las prácticas religiosas, las actividades de los médicos, los cirujanos, drogueros y vendedores de esencias y perfumes. También examinaba a los que ejercían las medicinas sanitarias sobre sus conocimientos anatómicos y otras ramas de la ciencia.

Dentro de la organización y manera de ejercerse la medicina en los pueblos de Europa Occidental, también surgió con gran vigor la tesis de responsabilidad médica. Al efecto se consideró este problema con gran amplitud y desactividad en la legislación de tales pueblos: No basta recordar que la época de **dinastías francas, lombardas, visigodas y borgoñas**, los médicos y más personas dadas a esta profesión, tenían que cumplir fuertemente normas de conducta al respecto cuya violación derivaba sanciones de consideración, como la pena de destierro.

Por lo que antes hemos relatado que el problema de la responsabilidad del médico no es una concepción legislativa y que, cuando en las primeras épocas se vistieron normas o costumbres que consideraban la irresponsabilidad, también es cierto que regía para las ciencias el hecho de que tal proceder se justificaba ya que por un lapso inmemorial se consideró que la causa de las enfermedades, no era proveniente de hechos humanos

sino de situaciones de la naturaleza, de los poderes de las divinas que se extendían en extraterrenos.

La tesis de la responsabilidad de los médicos como la de la irresponsabilidad, tiene en su haber variadas doctrinas y jurisprudencias, defensores decididos de la una como multitud de impugnadores de la otra.

Como un antecedente importante de la tesis de la responsabilidad médica podemos citar al célebre Procurador General, francés señor Dupin, quien se manifiesta partidario irrestricto de la responsabilidad y refutó con vehemencia la irresponsabilidad de éstos profesionales.

Para el profesional médico que ejerce su profesión en Norte-América, la responsabilidad de sus actos le es derivada de la CULPA, institución a la que le han dado mucha importancia, más podríamos decir, que en cualquier otra parte del mundo.

El profesor Eduardo Benzo en su libro de "Responsabilidad Profesional del Médico" nos dice: "Un cirujano está obligado a sostener el ordinario cuidado y destreza de su profesión en el estado actual de los adelantos modernos y de la ciencia, y tendrá que indemnizar al paciente de los daños resultantes de su

falta de ordinaria destreza, cuidado y diligencia, en el ejercicio profesional; que para la operación y el subsiguiente y necesario tratamiento empleará debido cuidado y diligencia hasta la total curación del enfermo”.

En el Código Penal de la República Argentina, tal vez uno de los más completos estatutos que existe sobre la materia, dice en sus artículos: La culpa es grave... cuando el ejercicio de un arte, ciencia o profesión, con autorización o concesión del Estado, se causa, no obstante, daño proveniente de falta de conocimientos normales exigidos por la ciencia, arte o profesión.

El Tribunal Supremo de New Jersey, U.S.A. tiene en su haber numerosas jurisprudencias de importancia sobre éstos temas, algunas son memoradas por el Profesor Eduardo Benzo. De ahí tomamos lo siguiente:

Ref. 48 C.J. 1153 N.Y. 325:

“Un médico empleado en un establecimiento de caridad es responsable ante cualquier persona a la que ocasione un daño por negligencia, aunque no exista relaciones contractuales entre tales enfermos y el médico.

El Profeso Lascaren en su obra, "Medicina Legal", define el concepto de RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS así:

"La obligación a que están sujetos los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidos en el ejercicio del arte, faltas que pueden originar una doble acción civil y penal".(13) (14).

En Colombia, aunque nuestra legislación no es muy abundante, existen normas precisas que abarcan con exactitud el problema de la responsabilidad médica, normas estas que han venido siendo estudiadas y aplicadas con muchísimo cuidado y dentro de la Justicia por jueces que han tenido oportunidad de trajarlas en los negocios que han llegado a su conocimiento.

El Artículo 2341 del Código Civil dice:

"El que ha cometido un delito o culpa, el que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga o el delito cometido".(13)

El artículo 512 del Código Civil dice: Contra el Tutor o Curador que no dé verdadera cuenta de su administración, exhibiendo a la vez el inventario y las existencias, o que en su administración fuere convencido de dolo o culpa grave, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor o Curador en la cuantía apreciada y Jurada; salvo que el juez o perfecto haya tenido a bien moderarla.

“La responsabilidad médica constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se haya sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico solo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, graves errores de diagnóstico y tratamiento”.

“No cabe limitar la responsabilidad médica a la hipótesis de culpa grave, evidente o inexcusable, pues sean que rijan los Art. 1109 ó 512 del Código Civil, se trata de todas maneras de una categoría de culpa excluida del Código Civil, máxime teniendo presente que cuando está en juego la vida de un hombre la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad. No

hay aquí para culpas menores. El recto ejercicio de la medicina es incompatible con las actitudes superficiales”.

Estas conclusiones han sido materia de aprobación también en diversos encuentros de Juristas como por ejemplo las “V Jornadas Rioplatenses de Derecho”, las “IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” en donde Bueres hace su ponencia y resume toda su línea de pensamiento expuesta en abundante bibliografía diciendo que “La culpa profesional es la culpa común y corriente emanada en lo esencial, del contenido de los artículos 512. 902 y 909 del Código Civil”,

Apoya también en forma expresa esta idea Hector L. Manchinni cuando dice “es improcedente considerar que el médico sólo responderá en caso de incurrir en una grave o grosera o inexcusable falta, o por que las características de su actividad existiera una responsabilidad específica, distinta de la responsabilidad civil común”.

Según Lorenzetti, en la apreciación de la culpa médica, el Juez debe valerse tanto de los elementos abstractos como concretos. Para este Tutor la conducta médica se debe evaluar conforme a un modelo de diligencia que permita determinar la previsibilidad exigible. Este parámetro es el buen

profesional de la especialidad, o del médico sumamente prudente. Todo ello sin dejar de tener en cuenta las circunstancias personales del médico particular a la luz de los art. 512 y 909 del Código Civil.

"Para establecer si se ha transcurrido en incumplimiento de la obligación de prestar asistencia médica, ha de privar un criterio estricto en la apreciación de culpa". Tratándose el demandado de un médico especialista, mayor es la responsabilidad que asume, porque dada su actitud puede estar en mejores condiciones para advertir las consecuencias de un mal y donde exista un peligro potencial, mayores son las preocupaciones que debe tomar. En nuestro derecho no distingue entre culpa grave y culpa leve, la culpa del médico, sea grave o leve origina responsabilidad, pues sea que rijan los artículos 1109, 1112 o el 512 del Código Civil, esa distinción está excluida.

La responsabilidad civil en general se inserta en la teoría general de la reparación o derecho de daños, para lo cual se requiere la presencia de cuatro presuntos de la reparación. Estos presuntos son: El daño, la Antijuricidad, el factor de atribución y la relación de causalidad.

"Existe Unidad Sistemática en materia de responsabilidad civil, a partir del dato de concebir el daño como el centro de gravedad del sistema".



En el Derecho Vigente hay ámbitos de responsabilidad: El Contractual y el Extracontractual. El Código Civil Argentino divide en éstos dos grandes sectores el tratamiento de la responsabilidad por daños, estableciendo algunas diferencias entre uno y otro campo.

El que nos interesa a los efectos de éste trabajo es el factor de atribución, que fuera conceptualizada como el fundamento del deber de reparar. Para Compagnucci de caso "dar los fundamentos de responsabilidad civil no resulta una respuesta simple ni sencilla; es poder argumentar la motivación o la razón que impide reparar los perjuicios causados, es contestar por que se responde, o bien porque hay que afrontar entonces la reparación económica del daño".

Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos. Dentro de los primeros encontramos la culpa y el dolo. Ambos exigen un comportamiento voluntario reprochable.

Entre los factores de atribución objetivos, que contribuyen un catálogo abierto, podemos mencionar el riesgo creado, la equidad, la garantía, la seguridad social, igualdad ante las cargas públicas, el seguro, los criterios económicos etc.

3.2. El efecto de la Ley 100 y sus Decretos reglamentarios sobre la salud en Colombia y la economía.

Los efectos siguen inquietando a Colombia, especialmente por los que se presentan sobre el ejercicio de la medicina y la incidencia de éste en la atención del paciente.

El incremento desmedido de los costos, siempre por encima de la inflación, la iniquidad en la prestación de los servicios, y la búsqueda de una mayor eficiencia, son los denominadores comunes a éstos procesos de cambio. Colombia se encuentra hoy en un proceso de cambio que está modificando inevitablemente la manera como se ejerce la medicina. Los efectos finales de la ampliación de la cobertura, así como los balances financieros de ésta reforma, que se basa especialmente en estimativos gruesos y en márgenes estrechos de utilidad, tardarán años en esclarecerse. Sin embargo, el balance para la profesión médica es ya claramente negativo.

Aunque no es justo del todo, bien vale la pena culpar a la ley 100 del deterioro de la medicina. Esta aceleró el mecanismo de la medicina prepagada afectando las relaciones con los clientes. Se institucionalizó prácticamente el mecanismo de la demanda sembrando la desconfianza y propiciando una

medicina defensiva, deshumanizada y abusadora de la tecnología. Unido a esto surge el mecanismo de la Tutela como acción encaminada a buscar una prestación oportuna de los servicios de salud. Ejemplos se dan todos los días. Entidades como el Instituto de los Seguros Sociales es objeto de ésta acción, donde sus usuarios buscan afanosamente una atención rápida; toda vez, que, la Ley 100 al pretender una mayor cobertura, está incrementado los usuarios, ocasionando una gran demanda de servicios insatisfecha y pone en aprietos a las E.P.S. al exigir más prestaciones de servicios a un mayor número de usuarios, muchas veces con presupuestos precarios.

Con el Neoliberalismo el ejercicio de la medicina deja de ser menos artesana y pasa a convertirse en un ejercicio parcial, más especializado, más específico y esto genera cada día más una responsabilidad mayor y más concreta; cada cual responde por su aptitud, por su trabajo, por su trabajo específico.

El nuevo modelo económico, la aparición de la medicina prepagada marcaron el principio del fin de la medicina como profesión liberal. Economistas, contadores, administradores empezaron a intervenir el acto médico para hacerlo más "eficiente". Se diseñó un sistema muy atractivo en donde el cliente que tenga recursos pueda despreocuparse del tema de la salud y

puede acceder a ella con excelentes médicos, los exámenes que quiera, e internarse en las más modernas y lujosas clínicas.

Con el aumento de la cobertura que prevé la Ley 100, y dada la creciente oferta de médicos en el país, la perspectiva económica del gremio podría hacerse aún peor. El Plan Obligatorio de Salud (POS) fue creado para extender el cubrimiento del sistema de salud del 80% de la población que tiene bajos ingresos. Pero la pretensión de que la población con suficientes recursos económicos, se cobije bajo el P.O.S. e ingrese todo a los planes de medicina prepagada, vuelve insostenible la situación para los médicos.

El médico que pretende vivir y levantar una familia, limitarse a los ingresos de su consulta, estará condenado sin lugar a dudas en el futuro a un descenso social.

Muchos colegas han optado por asociarse y constituir pequeñas y medianas I.P.S. (Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud), con grandes inversiones en tecnología, y con resultados nefastos en nuestro sentir, porque la Ley 100 las puso a ser competitivas y esta competencia se degeneró en una deslealtad entre instituciones, permitiendo que las tarifas de salud en la mayorías de los casos se rebajen a unos costos por demás absurdos que

lo único que logran es desmejorar notoriamente la calidad en la prestación de los servicios de salud.

A mediano y largo plazo es absolutamente indispensable invertir en la formación de líderes gremiales. No es posible esperar un futuro venturoso si los médicos no participan en la toma de decisiones sobre su propio futuro. Solo la unidad de un gremio médico, que en Colombia por tradición ha sido individualista, unido al apoyo concertado de la sociedad, podrá frenar el remolino de pesadumbre que deteriora cada vez más la calidad de vida de los profesionales de la medicina y amenaza el futuro de la salud de los colombianos.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Cuando el profesional de la salud ejerce su profesión, no está ejerciendo simplemente su derecho, sino que cumple una función social y ética, establecida constitucionalmente como servicio público.
2. El Médico se encuentra incurso en responsabilidad penal cuando su conducta encalla en un tipo delictual. No es suficiente la mera materialidad de los hechos, sino también la culpabilidad ya sea dolosa o culposa.
3. El médico tiene la obligación de informar al paciente y/o a sus familiares responsables, todo lo relacionado con el diagnóstico, posibles tratamientos, riesgo de común ocurrencia y pronóstico de la enfermedad que se padece, en forma simple aproximada, prudente y oportuna, y con miras a dotar al paciente o a sus responsables de los elementos mínimos para que puedan tomar una decisión idónea. Sin embargo, en determinados casos, debe conjugar ese deber con el de reserva y secreto profesional para evitar daños y molestias innecesarias al paciente.

conjugar ese deber con el de reserva y secreto profesional para evitar daños y molestias innecesarias al paciente.

4. Cuando la entidad de medicina preste sus servicios de salud a través de sus profesionales internos o externos, responde civilmente de los daños y perjuicios por aquellos. Esta responsabilidad es solidaria con el profesional ante el paciente.

5. Es recomendable que las entidades y profesionales que atienden los servicios de salud, adquieren seguros de responsabilidad civil, y que trasladen a las compañías aseguradoras la totalidad o parte de los montos indemnizatorios.

6. Las entidades de salud de carácter público o privado, asumen responsabilidad civil por la prestación deficiente o por la falla en sus equipos, instrumentos y la tecnología necesaria para el ejercicio correcto de su actividad.

7. El paciente perjudicado tiene derecho a una indemnización justa que satisfaga tanto los trastornos económicos o patrimoniales, como los morales que padezca, como consecuencia de una actividad relacionada con los

profesionales de la salud. El valor indemnizatorio debe hacerse con justicia y equidad, evitando que se queden perjuicios sin indemnizar o que se produzca un enriquecimiento indebido.

Finalmente y como recomendaciones generales a todas las personas que de una u otra manera trabajan con el sector salud bien vale la pena tener en cuenta las siguientes:

a) Es de suma importancia que a los médicos, paramédicos y demás personal de la salud, se le capacite sobre la responsabilidad que se adquiere desde el punto de vista ético, penal y civil a que se pueden ver abocados, si el perjuicio profesional no se hace adecuado y en forma diligente. Esto permite evitar tanto Acción Judicial (demandas - tutelas) que se entablan, bien por negligencia, imprudencia, impericia o falta de compromiso institucional.

b) Es necesario mantener una relación estrecha entre los profesionales de la salud y del derecho, para que permanentemente se analice, se comprenda y difunda, las diferentes circunstancias que puedan originar bien sea la responsabilidad penal, civil o ética y sus consecuencias.



c) Creemos que es definitivo que en Colombia se asuma por parte de un establecimiento educativo, preferentemente una universidad que tenga liderazgo en la profesión del derecho (Universidad Externado de Colombia), para que mantenga y capacite permanentemente a los profesionales de la Salud; con el objetivo que en la medida que pasen los años, se cometan menos errores que necesariamente repercuten en perjuicio de los usuarios de la salud y por consiguiente deteriora las relaciones médico-paciente, haciendo más costoso el ejercicio de la medicina. El proceso de exámenes especializados, muchas veces inútiles, es el resultado de un temor del médico a posibles demandas futuras.

d) Siempre hemos hablado del Acto Médico, de sus implicaciones, de sus responsabilidades, pero olvidamos completamente los deberes del paciente hoy cliente. Hacemos esta recomendación en razón a que existe una serie de obligaciones que de no ser cumplidas por el paciente, generarían una serie de responsabilidades que de ninguna manera las puede asumir el profesional de la salud. Dentro de éstas encontramos:

.Debe colaborar con el cumplimiento de las normas institucionales.

.Debe tratar con educación y respeto al médico, al personal paramédico, a otros pacientes y a los acompañantes.

.Debe firmar el documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos propuestos cuando así lo decida.

c) Por ser de la actividad del médico una obligación de medio y no de resultado solamente se puede comprometer con aquello que esté a su alcance.

BIBLIOGRAFIA

1. Ley 23 de 1981. Normas sobre ética médica.
2. Constitución política de Colombia -Editorial Temis
3. Nuevo Régimen de Seguridad Social Ley 100 de 1993 Seguro Social.
4. Guzman F. Franco E, Morales MC, Mendoza J. eL. Acto médico.
5. Morales de Barrios, Maria Cristina y otros, De la responsabilidad civil médica, Ediciones Rosaristas, 1a. Edición 1995.
6. Guzmán F., Franco E., Morales MC, Mendoza J. Aspectos Civiles del consentimiento en medicina Rev. Colomb. Cirugía 1993; 8 : 272, 279.

7. Suárez Hernández, Daniel y otros, Responsabilidad Civil médica en los servicios de salud, obras del Fondo Editorial, 1a. Edición 1993.

8. Vasquez Ferreyra, Roberto, Daños y Perjuicios en el ejercicio de la medicina, De. Hammurabi, Buenos Aires 1992, Capítulo VII.

9. Vasquez R. Responsabilidad por Daños. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1993.

10. Vasquez, Ferreyra, Roberto, Prueba de la Culpa Médica, 1a. Edición Colombiana. Biblioteca Jurídica Dike 1995.

11. Tamayo Jaramillo Javier y Otros, Responsabilidad Civil Médica en los servicios de Salud. 1a. Edición 1993. Biblioteca Jurídica Dike 1993.

12. Cardona Hernández Alfredo. La Responsabilidad Médica ante la Ley Tomo I Cuarta Edición. 1991-1992.

13. Código Civil Colombiano. Editorial Temis.

14. Código Penal Colombiano. Editorial Temis.