

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA

*Wilson Ruiz**

RESUMEN

El documento trata sobre la responsabilidad como consecuencia de la relación entre una obligación y un derecho, donde la primera tiene que ver con la persona que presta un servicio o cumple un mandato y el segundo corresponde no sólo a quien puede hacerlo valer por su condición personal como mandante, sino a quien se encuentra en una circunstancia específica y requiere ejercerlo. Nadie puede discutir que el médico, como cualquier otro profesional, ha de ser responsable de sus negligencias y con mayor sentido de su mala práctica. Sus consecuencias legales bien las enmarca la cita latina “Artifex spondet peritiam artis” (el artesano responde de su arte) principio reflejado en nuestra legislación cuando dice que quien por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

ABSTRACT

This document is concerned with responsibility as a consequence of the relationship between an obligation and a right, in which the former has to do with a person who gives a service or complies with an instruction, and the latter applies not only to the person who in his capacity as a giver of instructions, can make that right respected, but also the person who finds himself in a certain situation and has to exercise it. Nobody can deny that a doctor, like any other professional, has to respond for his negligence and malpractice. The legal consequences of this are embraced in the Latin quotation “Artifex spondet peritiam artis” (the artisan responds for his art), which is a principle reflected in our own legislation when it says that by action or omission one causes injury or damage to another, in a situation involving blame or negligence, he/she is required to make good that damage.

* Abogado de la Universidad Libre de Cali, candidato a doctor en la Universidad de Barcelona. Profesor de la Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana-Cali.

1. INTRODUCCIÓN

Para empezar, es necesario expresar que el error es perfectamente lógico en cualquier actividad humana y la medicina no está exenta de éste, no es infalible. Pero el derecho a equivocarse es, también, una responsabilidad que asume el individuo. Sin embargo, hay una diferencia muy grande entre el error y la mala práctica médica y que esta se escude en que la medicina no es una ciencia exacta; porque se presume que quien la practica es un profesional a quien se le exige una experiencia y una categoría, máxime cuando lo que debe proteger es nada menos que la vida de un ser humano.

El diccionario de la Real Academia Española define la responsabilidad como la obligación de reparar o satisfacer, por si o por otro, como consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Teniendo en cuenta como premisa la definición antes señalada y para ser más exactos con el rigor jurídico que el concepto de responsabilidad merece, podemos decir que la responsabilidad es la asunción de los efectos jurídicos por una conducta impropia, que causa un detrimento patrimonial o extrapatrimonial pero económicamente apreciable a la víctima o sujeto pasivo de dicha alteración, con la consecuente obligación del victimario de resarcir tales perjuicios.

La medicina conlleva una enorme responsabilidad que surge de las características que engloban su práctica, por ello existe un concepto básico y es que todo procedimiento, ya sea terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, tiene asociado un riesgo para el paciente, representado en que las acciones del médico que le produzcan algún daño o secuela psíquica o física. Este riesgo, que es soportado por el enfermo y debe ser asumido por el galeno o practicante, obviamente tiene unas implicaciones legales, dado que el afectado puede recurrir a la justicia en caso de sentirse perjudicado. Actualmente, el elemento mas aceptado en relación con la obligación de reparación por el hecho de terceros es *la obligación de seguridad y garantía*, a través de la cual se busca que se le brinde al paciente (cual obligación de medios, excepcionalmente de resultados, y también de fin determinado), un mínimo de seguridad en cuanto a los profesionales que en una institución (publica o privada) trabajen y a los elementos adecuados y necesarios para que el fin buscado, cual es el de la preservación de la salud, pueda ser logrado.

Asimismo, esta figura jurídica no pretende, en un momento determinado y ante un daño evidente causado al paciente, demostrar la subjetividad de la acción u omisión de un profesional médico, sino el incumplimiento al principio de seguridad y buena fe.

Con frecuencia, el médico se enfrenta al dilema de escoger entre dos o más soluciones. Se plantea, por una parte, que es lo que debe hacer por el bienestar del paciente, dentro del criterio científico prevaleciente, y cual de las probables acciones es la más favorable o menos dañina para éste; de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico y obedeciendo siempre a los principios de respeto a la vida, a la integridad humana, a la preservación de la salud, entre otros. A pesar de esto, todo profesional de la medicina, hoy por hoy, está sujeto a una desagradable y amarga situación representada ya sea en una demanda civil, administrativa (llamamiento en garantía o acción de repetición) o acusación penal por una supuesta *mala praxis* médica.

Por todo esto, la verdad jurídica acecha y empaña el ejercicio profesional médico; y en muchos casos no es para menos, puesto que hay errores que no se justifican y que no se deben pasar por alto, porque lo que se pone en riesgo o peligro es la integridad y la vida de un ser humano y consecuentemente, se ocasiona daño y dolor a sus seres queridos. Por eso, en la medida en que las empresas y las personas de la salud reconozcan su papel determinante en la sociedad, deben asumir responsabilidades sociales en la construcción de valores de integridad y el compromiso de devolver a la sociedad en servicios y valores, lo que toman de ella para desarrollar su actividad.

2. HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Hablar de la responsabilidad del galeno, bien sea civil, penal, administrativa, disciplinaria etc., es referirse inevitablemente a un fenómeno moderno, casi de nuestros días. Sólo la sociedad consumista y reivindicativa, celosamente defensora de los derechos individuales y, porque no, de los fundamentales, pudo sentar al banquillo, para pedir reparación jurídica y material, a los médicos que ocasionan un daño para el paciente en el desempeño de su profesión.

En los albores de la humanidad la responsabilidad médica no existía, dado el carácter sagrado que tenía el médico, lo cual lo colocaba más allá de toda pena o de cualquier indemnización pecuniaria. Sin embargo, esta era una preocupación social y legal que se corroboraba con las acciones que realizó Hammurabi, Rey de Babilonia, al penalizar a los médicos imperitos y negligentes y la Lex Aquila romana, que reguló el resarcimiento del daño causado a otro, por citar solo dos casos. Pero esa inmunidad sacrosanta a veces era violada por algún senador romano que arrojaba a un estanque de peces voraces al médico que tenía a su servicio, el cual generalmente era su esclavo, porque erraba en la aplicación de la ciencia hipocrática o porque desconfiaba de la pócima que creía envenenada.

La verdad es que los galenos se han sucedido durante siglos legando su inmunidad, aunque las excepciones hayan existido y sean numerosas. Históricamente, sólo han estado sometidos a las reglas de la ética profesional y a su conciencia y en caso de quebrantarlas sólo estaban sujetos a la censura social. El juramento hipocrático así lo confirma al expresar que “Si observo mi juramento con fidelidad, séanme concedidos gozar plenamente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si los quebranto y soy perjuro, caiga sobre mi la suerte contraria”. Es decir, si cumple con sus oficios terapéuticos será reverenciado como un sacerdote o como un dios verdadero; pero si no es así, pasará su vergüenza ante la sociedad.

Los sociólogos han llamado la atención sobre el señorío que el médico ha venido ejerciendo sobre el microcosmos del cuerpo humano, teniendo en sus manos la vida y la muerte del hombre. Es cierto que pocas profesiones son capaces de exhibir una historia más colmada de sacrificios y generosidad para con la humanidad, que la medicina. Por ello, los médicos, en el decurso de los siglos, han precedido a los demás mortales. Pero esto trajo consigo una idealización del oficio que la sociedad consumista y tecnificada se ha encargado de erosionar. Hoy por hoy, el médico es un profesional más que si ejerce mal su profesión puede ser acusado ante los jueces correspondientes. Pero esa imagen de eclesiástico paternal ha ido cambiando con el transcurso del tiempo, ahora ya no es ese ser intocable; la democracia liberal trajo consigo el reconocimiento de los derechos de los enfermos frente a quienes ejercen el sagrado arte de la medicina.

Los códigos médicos, las normas disciplinarias, los códigos penales, así como los documentos que consagran los derechos de los enfermos, en gran medida suponen un nuevo autoritarismo, pero ahora de los pacientes. Actualmente los médicos son los atemorizados, ya que son llevados frecuentemente a los tribunales de justicia. Si anteriormente la relación médico-paciente se regía por el paternalismo, ahora la presiden el miedo y la desconfianza.

Las legislaciones modernas son conscientes de que el médico no se despoja fácilmente de su papel autoritario. Pero al reconocer los derechos de los enfermos han eliminado el despotismo y las conductas exclusivamente paternalistas.

Se trata, en última instancia, de establecer sobre el principio de la autonomía y la independencia, las relaciones entre los médicos y los enfermos. Es aquí donde debe situarse su responsabilidad, donde la imputabilidad no penda amenazante a todas horas, cual espada de Damocles, capaz de herir la magnitud de la profesión cuando esta se ejerce con honestidad y pericia; pero tampoco debe olvidarse que el enfermo ostenta la misma dignidad personal que cuando estaba sano y le son inherentes unos derechos inviolables, protegidos por la Constitución y la Ley.

3. RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA

Actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Excepcionalmente es de resultado como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es la que genera la responsabilidad. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; toda vez que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin su aceptación. Este criterio tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke, uno de los encargados de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad.

Con respecto a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito.

Definitivamente, la relación médico-paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios a empeñar todo su conocimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia nacional e internacional le ha asignado a ciertas áreas de la medicina la condición de obligación de resultados o fines.

Es toral recalcar que en virtud de este vínculo contractual las instituciones de salud deben cumplir de forma cautelosa y segura, con todos los cuidados preestablecidos y bajo ningún concepto deben entender su responsabilidad como meramente de medio. El cuidado del paciente se convierte para la institución en una verdadera obligación de resultado, debiendo ser exigente consigo misma y con todo el personal bajo su cargo, a fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos sanitarios a todos los usuarios.

Más allá de la consideración de la culpa *in vigilando o in eligiendo*, que debe el Estado a los particulares -según el caso- sobre el personal que libremente labora o se desempeña en estas instituciones; más allá de la obligación de cuidado que deben las instituciones hacia los usuarios; más allá de la

obligación contractual incluyendo la de servicios hospitalarios, se encuentra el principio fundamental de la garantía, el cual propende a que las instituciones ofrezcan a sus usuarios una vez demostrado el daño sufrido, los resarcimientos económicos como contraprestación, de acuerdo con la norma sustantiva civil. Ahora bien, en caso de una demanda a una entidad estatal por el daño que uno de sus médicos le ocasione a un paciente, esta debe repetir contra el funcionario público para que le devuelva al Estado lo que pagó por culpa suya.

4. RIESGOS MÉDICOS

Una vez conocidas las implicaciones por la mala práctica médica, debemos mirar la otra cara de la moneda, donde se encuentra el galeno expuesto a disímiles contagios. Veamos algunos de ellos:

Ocultación de enfermedades transmisibles: sin duda, la posibilidad de contagio de enfermedades transmisibles, hoy para los facultativos médicos se ha incrementado notoriamente. La situación, incluso, se torna sumamente grave con el SIDA, porque el médico se puede ver expuesto a una potencial situación de contagio. Aquí lo esencial es la prueba de la relación de causalidad entre la enfermedad que adolece el paciente y el daño en el profesional médico; “siempre y cuando el profesional de la medicina haya cumplido con su deber de interrogación y el paciente haya ocultado o falseado información, porque de lo contrario no tendrá acción contra el paciente”.

Ocultación de datos familiares o situaciones congénitas para la elaboración de diagnósticos: para un acertado diagnóstico es de vital importancia tener una historia clínica completa y veraz, lo cual permite aplicar una correcta medicación o tratamiento para determinada patología. En la elaboración resulta muy importante el conocimiento por parte del facultativo de una serie de datos históricos (referenciado a los ascendientes), para contrarrestar posibles predisposiciones alérgicas por aplicación de anestesia, situación cardiovascular de los padres, etc. En ciertas circunstancias, como operaciones quirúrgicas de importancia, esos datos resultan vitales y al ocultarlos, el paciente estaría aumentando los riesgos, propios de la intervención.

La violación del secreto médico: en algunas ocasiones los facultativos se ven obligados a dar conocimiento a la justicia de determinados datos del paciente que pueden implicar, frente a estos últimos, un daño derivado de la violación del secreto profesional. Colisionan, así, dos normas legales, la una frente al cliente, de carácter reservado, y la otra frente a una autoridad competente, donde están en juego intereses públicos o sociales superiores. Bajo estos supuestos, el daño sufrido por el paciente por violación del secreto profesional se subsume al cumplimiento de una obligación legal del médico para con los intereses superiores de la comunidad.

Daños derivados de máquinas terapéuticas: el avance de la tecnología médica, definitivamente le ha permitido al hombre un conocimiento más exacto de sus dolencias, sin embargo también han traído un riesgo implícito por sus radiaciones, verbigracia la cobaltoterapia, rayos x, electrobisturís, etc. Los daños causados por maquinaria defectuosa, sea que éstos se deriven de una situación de fabricación o mantenimiento, están a cargo del fabricante o de la entidad hospitalaria, en cuyo caso surgirán acciones de reparación. El profesional, en caso de maquinaria defectuosa, podrá demandar civilmente al fabricante y en caso de mantenimiento defectuoso podrá demandar en acción de Reparación Directa al ente público que tiene a su cargo dichas maquinarias.

5. RESPONSABILIDAD DE RESULTADO Y DE MEDIOS

Fruto de la jurisprudencia y la doctrina en nuestro país es que se ha superado el encasillamiento que solía dársele a la actividad médica, ya que cuando desaparece el elemento aleatorio para la recuperación del paciente o cuando lo que se persigue no es la curación sino lograr un determinado bienestar o alivio en la integridad humana, nos encontramos frente a una típica responsabilidad de resultado, como sería el caso de las prótesis o cirugías estéticas, donde el médico efectivamente deberá obtener el fin a que se comprometió con su paciente. Por ello al cirujano estético se le exige una mayor exactitud en sus procedimientos, a fin de obtener el resultado esperado.

La obligación de medio, por su parte, la encontramos en aquellas cirugías que buscan controlar la concepción y la natalidad, donde el médico, dados los

diferentes sistemas anticonceptivos informa a su paciente que los mismos no ofrecen seguridad absoluta a la mujer de no volver a quedar embarazada o al hombre de no volver a engendrar. Además, porque científicamente está comprobado que ninguno de los métodos anticonceptivos es 100% seguro, ya que lo máximo que garantiza es un 95% de posibilidad de no quedar embarazada o engendrar, según el caso.

El Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, consideró a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos tocará analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada. Para un mejor entendimiento, es preciso señalar los puntos más sobresalientes de la Sentencia de Octubre 7 de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente Maria Elena Giraldo Gómez:

Lo que se trata es de concentrar la atención en torno a la relación obligacional en su conjunto, con especial acento en el objeto de la prestación, con el propósito de evitar la propensión de reducir a un solo rubro la prestación del servicio médico y/o hospitalario.

Se sostiene que el ejercicio de las denominadas profesiones liberales comporta únicamente la asunción por el deudor de obligaciones de medio o de mera actividad, queriéndose significar con ello que el médico o, mas genéricamente, los profesionales de la salud solo están obligados a observar una conducta diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación, sin que el resultado- mejoría del paciente – haga parte del alcance débito prestacional.

Sin embargo, analizados integralmente la totalidad de la conducta médica, esto es, involucradas todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación jurídica compleja.

Esa relación está compuesta por una pluralidad de deberes obligaciones; así lo destaca la doctrina al enunciar dentro de la pluralidad del contenido prestacional médico unos deberes principales y otros secundarios.

Respecto de los deberes principales están, por lo general, los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda del secreto médico.

Ya en el acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados deberes secundarios de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnóstico, de información y de elaboración de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su identidad, si ello es posible, el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta. Estos deberes secundarios son, entre muchos, los que integran el contenido prestacional médico complejo.

Por eso debe averiguarse cuál o cuales de los deberes obligaciones han sido inobservados y de que forma y, cual el alcance de cada uno de ellos, para poder juzgar la conducta del médico frente a cada caso concreto, y así poder determinar cual es la incidencia causal de los incumplimientos o las deficiencias en el desencadenamiento del evento dañoso.

Por lo anterior se tendrían que hacer, primero, un análisis frente al caso concreto –atendiendo la naturaleza de la patología– y, segundo, evaluar las etapas o fases en que se proyecta la adecuada realización del acto médico complejo, con el propósito de identificar qué prestaciones pueden encuadrarse en el rubro de mera actividad y cuales otras exigen el resultado concreto dentro de toda la prestación médico asistencial.

Esta exigencia se hace necesaria para evitar la tendencia a situar como actividad de medios, aquellas acciones que se perfilan claramente como típicas prestaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, entonces, en buena medida, de la adecuada realización y diferenciación de cada una de las etapas.

6. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Según como se encuadre el débito prestacional dentro de la actividad médica, asimismo variará la forma de exoneración por parte del médico; inclusive

deberá deslindarse el total de la actuación (como actividades principales o secundarias) para saber si las mismas son obligaciones de medio o de resultado.

Por su parte se puede decir que si la actividad médica fue considerada como una obligación de medio, el médico se exonerará de toda culpa probando que actuó con toda la diligencia y cuidado que estaba a su alcance. Por el contrario, si la obligación fue considerada como de resultado se podrá el médico exonerar probando:

- a. Fuerza mayor: hechos de la naturaleza.
- b. Caso Fortuito: hechos de los hombres. La doctrina los asemeja como eximentes de responsabilidad con tal que sean irresistibles e imprevisibles.
- c. Culpa exclusiva de la víctima: cuando es la propia persona que causa el daño en su cuerpo o salud o el perjuicio como tal.
- d. Hecho de un tercero: cuando es una persona ajena a la relación médico-paciente, quien ocasiona el daño.

6.1 Fuerza mayor y caso fortuito

A veces se habla de la fuerza mayor y de la causa extraña como conceptos sinónimos; sin embargo, la primera no es más que una especie de la segunda. La Causa Extraña esta constituida por la fuerza mayor o el caso fortuito, por el hecho de un tercero o por el hecho de la víctima.

La causa extraña es considerada como receptora del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. En efecto, cuando el hecho no se puede imputar materialmente al demandado, no tiene sentido hablar de causa extraña, ya que, simplemente, la víctima no ha demostrado que el daño ha sido causado por el demandado; este vínculo de causalidad nunca se presume. Por el contrario, cuando en el proceso se establece que el demandado ha sido el instrumento del daño, la noción de causa extraña recupera todo su valor. Como dicen Planiol y Ripert:

No se puede decir que, en estos casos (causa extraña), el deudor no ha sido la causa del daño. Esto solo se puede decir contemplando otro orden de causalidad, que podría llamarse causalidad moral, la cual supone un juzgamiento hecho sobre la conducta para aprobarla o condenarla, o, llegado el caso, excusarla. Como puede verse, la Ley permite romper, en estos casos, la causalidad material, habida cuenta que la causalidad jurídica no puede existir.

Los tratadistas que creen encontrar una diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito procuran, generalmente, evitar que en las presunciones de responsabilidad, el vicio interno de la causa o de la actividad peligrosa sirva como causa extraña que tenga poder liberatorio.

Se ha propuesto ver en el caso fortuito un evento natural que ocasiona un daño (ejemplo: inundación, temblor de tierra), mientras que la fuerza mayor no sería un evento natural, sino proveniente de la voluntad de una persona diferente a aquella sobre la cual la víctima del daño entiende hacer pasar la responsabilidad del daño. Otros se aferran a la importancia del evento: los eventos más importantes serían casos de fuerza mayor, los menos importantes, caso fortuito.

Otros, finalmente, más cuidadosos del sentido exacto de los términos, señalan que la expresión fuerza mayor revela el constreñimiento en el cual el demandado ha sido colocado; este último ha sido sometido a una fuerza a la cual no ha podido resistir, mientras que la expresión “caso fortuito” señala el carácter imprevisible del evento.

Señalando que la expresión fuerza mayor implica la irresistibilidad del evento y la de caso fortuito su imprevisibilidad, ciertos autores han concluido que las dos expresiones, en lugar de señalar cada uno de los elementos cuya reunión es necesaria para que haya exoneración, designan dos categorías de eventos diferentes (eventos imprevisibles; eventos irresistibles), los unos y los otros serían exoneratorios. No sería, pues, necesario que haya al mismo tiempo caso fortuito y fuerza mayor, una de esas condiciones bastaría.

Autores franceses afirman que el caso fortuito consiste en la imposibilidad relativa de ejecución, es decir, la que ha podido entablar la acción del deudor

contemplado, sea en sí mismo, sea como un buen padre de familia, pero en la cual la voluntad mejor armada, mejor dotada, habría podido triunfar, mientras que la fuerza mayor sería la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo irresistible para todos, incluso para el hombre más fuerte y más inteligente. La imposibilidad relativa y absoluta liberaría, pues, al mismo título al demandado, salvo en los casos excepcionales en que la imposibilidad absoluta fuera necesaria.

Al lado opuesto de esta tesis se encuentra la distinción propuesta por la teoría del riesgo, cuya meta es, naturalmente, la de disminuir en lo posible el número de eventos susceptibles de exonerar al demandado. Jossierand ve en la exterioridad el carácter distintivo de la fuerza mayor. La Fuerza Mayor es aquella que ha hecho irrupción desde afuera en el círculo de los dos adversarios (tempestad, inundación, etc.); el individuo deberá responder por todos los riesgos que el ha creado; sólo los eventos de fuerza mayor pueden exonerarlo, permanece obligado si hay únicamente caso fortuito. En fin, se entiende por caso fortuito la ausencia de falta y por fuerza mayor el vicio mayor. Concluye que el deudor puede siempre liberarse por la ausencia de falta.

La Corte Suprema de Justicia no ha tenido una evolución clara y definida en lo tocante a la identidad o diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito; en otras oportunidades los ha distinguido y admite que en responsabilidad civil por actividades peligrosas "la fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, porque cuando el accidente ha podido o debió ser previsto por quien ejercita la actividad peligrosa, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible, no causa exoneración de responsabilidad". La decisión trata de diferenciar la fuerza mayor y el caso fortuito, fundamentada en que este último se presenta aunque el hecho dañino sea previsible.

En consecuencia, para la Corte, la fuerza mayor debe ser imprevisible e irresistible, por lo cual tiene poder liberatorio; en cambio, el caso fortuito (puesto que es previsible) no exonera de responsabilidad. La Corte tiene razón en exigir la imprevisibilidad y la irresistibilidad como características de la causa extraña, lo que no tiene sentido es que siga diferenciando las nociones

de fuerza mayor y caso fortuito, máxime que nuestro legislador ha identificado los dos conceptos.

6.2 El Hecho de un tercero

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el hecho por el cual se demanda es imputable exclusivamente a un tercero, el demandado debe ser absuelto, porque, desde el punto de vista jurídico, el daño no se le puede imputar al demandado. Sin embargo, no cabe hablar propiamente del hecho de tercero como causal de exoneración, ya que lo primero que hay que probar es el presupuesto esencial de toda acción de responsabilidad, cual es de la imputabilidad del hecho al demandado.

En cambio, cuando se acepta que él ha causado materialmente el daño, es cuando puede hablarse de la incidencia que el hecho de un tercero haya podido tener en la conducta del demandado; concurren pues, desde el punto de vista causal, la actividad del demandado y el hecho de ese tercero. Se plantea así la necesidad de saber si ese hecho de tercero permite que moralmente se considere que el demandado inicial no ha sido el causante del daño, es decir, debe saberse hasta que punto esa situación rompe el vínculo causal entre el demandado y el daño.

Por tercero debe entenderse cualquier persona diferente al deudor o causante del daño y que no tenga siquiera dependencia jurídica con el demandado. Esa dependencia jurídica se refiere también a cualquier otra persona que dependa jurídicamente del demandado. En conclusión, para que el hecho de tercero pueda proponerse como causa exoneratoria, deberá ser completamente externo a la esfera jurídica del demandado.

El hecho de ese tercero para que pueda ser alegado, no requiere que sea culposo; lo que debe determinarse simplemente es si esa situación tiene incidencia causal, total o parcial con el daño.

Existe la tendencia jurisprudencial y doctrinaria a considerar que cuando se invoca el hecho de tercero como causal exoneratoria, se requiere que el demandado identifique a quien realmente ha causado el daño. Con todo,

algunos expositores consideran que el demandado no tiene por que hacer tal cosa. Esta última solución es la más justa, puesto que, muchas veces, el causante del daño huye pero queda plena prueba de la comisión del hecho y deja al demandado sumido en la ignorancia de saber quien fue el causante. Además, en la actualidad se admite que en el caso del daño causado con un vehículo robado, su propietario pueda alegar que no tenía la guarda del vehículo; por consiguiente, si demuestra que éste fue robado, con ello probará el hecho de un tercero, aunque no lo identifique. Pero el demandado por una obligación de resultado, que no logre identificar al tercero causante del daño, debe, por lo menos, demostrar que ese tercero no es el elemento que está bajo su dependencia, de no hacerlo, ese anonimato del tercero impedirá que el demandado pueda exonerarse.

La doctrina es unánime en considerar que el hecho de un tercero exonera totalmente al demandado, cuando pueda tenersele como causa exclusiva del daño, poco importa que sea culposo o no, lo que sí es necesario advertir es que debe ser imprevisible e irresistible, o sea, reasumir las características de la causa extraña.

El hecho de tercero como causa extraña no está expresamente contemplado en el Código Civil; sin embargo, su fundamentación se encuentre por vía interpretativa, en la definición de caso fortuito o fuerza mayor que da el art. 1 de la Ley 95 de 1890.

En Colombia se sigue el mismo derrotero del derecho francés, por consiguiente, los elementos de la solidaridad (art. 2344 C.C.) indican que si el hecho del tercero es causa solo parcial, que concurre con el hecho del demandado a la producción del daño, la exoneración no se produce, ni total ni parcialmente. Además, concurrir no significa que físicamente participan los dos, pues esto siempre ocurrirá cuando el demandado alegue el hecho de terceros. Lo que se exige es que, desde el punto de vista causal, tanto el tercero como el demandado sean instrumentos activos del daño.

En principio, el demandado debería pagar la totalidad del daño causado al perjudicado, sin tener en cuenta, para nada, el comportamiento de la víctima en la producción del hecho dañino; en efecto, el principio según el cual "una

culpa es necesaria, pero una culpa es suficiente" permitiría cobrar todo el daño a quien lo causó en compañía de la víctima. Pero la equidad y el control social han hecho pensar en la posibilidad de que el hecho de la víctima tenga alguna influencia en la regulación del monto indemnizable; esto ha posibilitado que la doctrina y la jurisprudencia hayan levantado todo un sistema relativo a destacar la influencia jurídica que tiene esa actividad de quien sufrió el daño. Mientras que el derecho francés no dispone de norma expresa que regule la materia, el Código Civil Colombiano consagra la base de estos principios en su art. 2357.

El hecho de la víctima es importante desde el punto de vista de la responsabilidad civil para exonerar, parcial o totalmente, el demandado que ha causado un daño, su influencia será determinada en la medida en que ese hecho haya sido causa exclusiva o parcial del perjuicio.

Cuando nos referimos al hecho de la víctima, debemos estudiar, por tal, el comportamiento activo del perjudicado en la realización del fenómeno; no basta la simple intervención, tanto en la conducta del demandante como en la del demandado, la causación exige que estas hayan sido instrumento del daño. La víctima siempre interviene en la producción del daño, pero solo en algunas ocasiones esa intervención es activa; únicamente en éste último caso podemos hablar de hecho de la víctima.

Cuando la actividad de la víctima se la puede considerar como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; poco importa que el hecho de la víctima sea culposo o no; en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado. Este punto adquiere señalada importancia, ya que, tradicionalmente, se ha pensado que el hecho de la víctima debe ser culposo, para que pueda hablarse de exoneración del responsable.

Los Mazeud sostienen que "la imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que esta exonere de responsabilidad"; siguiendo las orientaciones de Tamayo Lombana aceptamos la teoría según la cual, para que el hecho de la víctima pueda ser exoneratorio, requiere las características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

En la responsabilidad directa con culpa probada, del art. 2341 del Código Civil, el hecho de la víctima, considerando como causa parcial del daño, debe ser culposo para que pueda tenerse como causal de exoneración parcial de la responsabilidad. El art. 2357 del citado estatuto dispone expresamente que "la apreciación del daño estará sometida a reducción si el que lo sufrió se expuso a él improcedentemente". La disposición es justa en la medida en que si la víctima debe probar la culpa del directamente responsable, lo lógico es que solo la culpa del lesionado permita una exoneración parcial. Si el hecho de la víctima es causa exclusiva, poco importa que sea culposo o no.

La reducción de culpas de que habla el art. 2357 del C.C., supone, necesariamente, que haya existido culpa de parte y parte; si la culpa de la víctima es causa exclusiva del daño, se repite, no cabe hablar de reducción, porque lo que se presenta es una exoneración total, pues el hecho es equiparable a la causa extraña.

7. RESPONSABILIDADES JURÍDICAS

Frecuentemente se están conociendo casos de responsabilidad civil de los médicos que en su ejercicio causan la muerte del paciente o dejan graves lesiones en su integridad. La sociedad, aunque admira a sus profesionales, les está exigiendo que efectivamente correspondan a su confianza y que así como han dedicado gran parte de su vida a prepararse y adquirir unos conocimientos mínimos suficientes para ejercer su profesión y actuar técnica y científicamente, posean además ética y moral; pues el profesional que cumple con su ejercicio omitiendo los lineamientos éticos en su profesión, o lo hace con ligereza, impericia, descuido o negligencia, está vulnerando la confianza de la sociedad.

Muchas organizaciones profesionales se manifiestan preocupadas por el avance que en Colombia está tomando la responsabilidad profesional. Esta preocupación no tiene fundamento, y por el contrario, primero debe mirarse la depuración de las profesiones antes que pensar en la solidaridad gremial, pues el profesional demandado si es declarado responsable debe responder. Por ejemplo, los médicos no pueden solidarizarse con el demandado que ha roto los cánones de la profesión, cuando en estado de embriaguez interviene

quirúrgicamente a un paciente, que le receta un medicamento de consecuencias desconocidas y no controla permanentemente a su paciente o que le deja en el interior del cuerpo algún elemento después de una intervención.

Ante esta situación, la exigencia de la responsabilidad del profesional debe apreciarse como un mecanismo sano y de mejoramiento del ejercicio, pues la excelencia en los servicios profesionales debe ser la aspiración de toda la sociedad.

7.1 Desde el punto de vista constitucional

El médico genéricamente hablando, cuando causa un daño antijurídico a un particular, bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación del reglamento, deslegitima al Estado ya que transgrede uno de los fines cruciales del mismo, preceptuados en el art. 2 de la Carta Política. Así mismo, el art. 95 del Estatuto Superior nos consagra tal responsabilidad al establecer que el ejercicio de las libertades y derechos implican responsabilidades que deben ser cumplidas por toda persona, conforme a la Constitución y las leyes, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios.

También hay que tener en cuenta que si el profesional de la medicina es funcionario público desdibujaría la función administrativa consagrada en el art. 209.

7.2 Desde el punto de vista administrativo

Este aspecto se refiere a la condena del ente al cual el médico presta sus servicios, a través de la acción de Reparación Directa y en este asunto vale remitirse al Capítulo de Mecanismos Procesales donde se podrá ejercitar la Acción de Repetición por parte del Estado contra el galeno y que se tendrán dos años para demandar a partir del pago total de la condena que haya sido impuesta.

7.3 Desde el punto de vista disciplinario

El Código Disciplinario (CDU) establecido en la Ley 734 de 2002, preceptúa las faltas disciplinarias en que incurrirán los funcionarios públicos por el

ejercicio desviado de sus deberes. El médico como tal podrá adecuarse bien sea a las faltas gravísimas, graves o leves que tal ley consagra y será la Procuraduría la encargada de sancionarlo con amonestaciones o con la destitución, según sea el caso.

Debemos recordar que en ejercicio del poder disciplinario las investigaciones que adelante éste organismo del Ministerio Público son prevalentes, lo cual indica que desplazará por expresa disposición constitucional cualquier investigación que esté adelantando por concepto disciplinario.

7.4 Desde el punto de vista penal

El devenir impropio con que actúe un profesional de la medicina es de por sí penalmente complejo, ya que la persona que preste un servicio médico puede adecuarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables sancionadas con una pena, como sería las que regula nuestro Código Penal. Estas conductas antijurídicas son las que de manera general podemos citar como ejemplo de las posibles actuaciones típicas en que puede incurrir un médico sino ejerce dentro de los parámetros de la ética, la moral y la legalidad.

7.5 Desde el punto de vista ético–médico

El juramento hipocrático consagra los principios básicos del ejercicio de la medicina; posteriormente autores y expositores de la bio-ética proporcionaron normas y teorías sobre aspectos relacionados con ésta rama del conocimiento y, finalmente, los organismos internacionales y los estados establecieron sus propios códigos, señalando internamente los principios que rigen el ejercicio médico.

En Colombia, la Ley 23/81 y el Decreto 3380/81 son las normas que rigen la ética médica prescribiendo "(...) la ética, entonces, deja de ser pura filosofía y se plasma en unos cuerpos normativos completos que nos están señalando de manera específica como debe ser el comportamiento del profesional de la medicina o del profesional de la odontología para sostener que el mismo ha estado ajustado a la ética".

La ética, que pertenece tanto a la medicina como a las otras actividades humanas, tiene estrecha relación con la moral: "desde que el hombre se agrupó en sociedades tuvo la necesidad de desarrollar una serie de reglas que le permitieran regular su conducta frente a los otros miembros de la comunidad. De manera que la moral es una constante de la vida humana. Los hombres no pueden vivir sin normas ni valores."

La ética médica deja de lado su responsabilidad moral y se convierte en jurídica cuando el comportamiento del profesional llega a ser examinado por el tribunal del Estado. Por tanto, el análisis de la responsabilidad médica es de sumo interés por comprometer los valores de la vida y la integridad personal, que son especialmente apreciados por el Estado y por toda la comunidad. Indudablemente el distinto valor o sentido atribuido a la vida humana condicionan el modo de tratarla; esto se verifica no solo en el campo de la biología o de la medicina, sino en cualquier terreno. Si se puede demostrar que la vida humana tiene un valor y una dignidad superior y exclusiva habremos encontrado el fundamento para exigir, éticamente, que se tenga hacia ella un relevante respeto.

En el campo de la ética-disciplinaria, la responsabilidad solamente es aplicable a los profesionales que son médicos titulados, por lo tanto no es imputable a estudiantes de esa profesión, enfermeras o personas jurídicas como clínicas o sociedades. Es decir, existe para ellos una responsabilidad personal e intransmisible; no es susceptible de desistir, transar o conciliar, dado el carácter inenajenable e indisponible del contenido ético.

En estos eventos, el juzgador es el Tribunal de Ética Médica, el cual se integra por profesionales médicos. La sanción es disciplinaria y se origina por la violación a la Ley 23/81, sin importar los antecedentes o personalidad del infractor.