

LA RESPONSABILIDAD MEDICA

POR:

**JORGE MAURICIO LÓPEZ RÍOS
CEDULA 71.737.892 DE MEDELLÍN**

**JOHANA ANDREA JARAMILLO RENDÓN
CEDULA 43.616.576 DE MEDELLÍN**

**CAPITULO DE LIBRO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTAS EN AUDITORIA EN
SALUD**

**INSTITUTO DE CIENCIAS DE LA SALUD CES
FACULTAD DE MEDICINA
DIVISIÓN DE POSTGRADOS EN SALUD PÚBLICA
POSTGRADO EN AUDITORIA EN SALUD
GRUPO XXXVI
MEDELLÍN
2007**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
OBJETIVO GENERAL	7
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	7
LA RESPONSABILIDAD MEDICA	8
1.CONSIDERACIONES PRELIMINARES	8
2.RESPONSABILIDAD MÉDICA	8
2.1.RESPONSABILIDAD MEDICA SEGÚN	8
2.1.1. EL ÁMBITO O CAUSA	8
2.1.1.1.PENAL	8
2.1.1.2.CIVIL	9
2.1.1.3.ÉTICO–DISCIPLINARIA	9
2.1.1.4.DISCIPLINARIA	9
2.1.1.5.ESTATUTARIA O LABORAL	9
2.1.1.6.ADMINISTRATIVA	9
2.1.1.7CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	9
2.1.2.LA ATRIBUCIÓN	9
2.1.2.1.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO	9
2.1.2.2.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO	10
2.1.2.3.RESPONSABILIDAD POR EL TRABAJO EN EQUIPO	10
2.1.2.4.RESPONSABILIDAD EN LA RELACIÓN DOCENTE–ASISTENCIAL	10
2.1.2.5.RESPONSABILIDAD DE LAS CLÍNICAS	10
2.1.2.6.RESPONSABILIDAD DE LAS COOPERATIVAS, SOCIEDADES Y GRUPOS DE MÉDICOS	10
2.1.2.7.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS	10
2.1.2.8.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO EN LA UTILIZACIÓN DE UNA COSA	10
2.1.2.9.CUERPOS EXTRAÑOS	11
2.1.2.10.VACUNACIONES	11
2.1.2.11.PRODUCTOS DEFECTUOSOS	11
3.NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA	11
3.1.RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	11
3.2.RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	12
4.LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	12
4.1.CULPA INCONSCIENTE	12
4.2.CULPA CONSCIENTE	12
4.3.CULPA PROFESIONAL	12
4.4.MODALIDADES DE LA CULPA EN EL ACTO MEDICO	12
4.4.1.IMPERICIA	12
4.4.2.IMPRUDENCIA	12
4.4.3.NEGLIGENCIA	12
4.4.4.VIOLACIÓN DE NORMAS Y REGLAMENTOS	12
4.5.LA PRUEBA DE LA CULPA	13
4.5.1.LA PRUEBA DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	13
4.5.2.LA PRUEBA DE LA CULPA MEDICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	13
4.5.3.LA PRUEBA DE LA CULPA MEDICA EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	13

4.6.ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PRESUNCIÓN DE LA CULPA MEDICA TANTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	14
4.6.1.CARGA DINÁMICA DE LAS PRUEBAS	15
4.6.2.PRUEBAS DE QUE DISPONE EL MEDICO	15
4.6.3.EN QUE CONSISTE LA PRUEBA DE LA DILIGENCIA Y DEL CUIDADO	15
4.6.4.PRUEBA DE LA CULPA	15
4.6.5.RESPONSABILIDAD SUBJETIVA	15
4.6.6.RESPONSABILIDAD OBJETIVA	15
4.6.7.ACTIVIDAD PELIGROSA	16
4.6.8.FALLA DEL SERVICIO MEDICO Y HOSPITALARIO	16
4.6.9.FALLA PRESUNTA	16
4.7.LA CULPA MEDICA PUEDE SER POR	16
4.7.1.OMISIÓN Y RETARDO	16
4.7.2.ERROR DE DIAGNOSTICO	16
4.7.3.ELECCIÓN DEL TRATAMIENTO	16
4.7.4.CULPA O FALLA TÉCNICA	17
4.7.5.DESCUIDO POSTOPERATORIO	17
4.7.6.AUSENCIA O FALLAS EN EL CONSENTIMIENTO	17
5.ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA	17
5.1MEDICO	17
5.1.1OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS	18
5.1.1.1.OBLIGACIÓN DE MEDIO	18
5.1.1.2.OBLIGACIÓN DE RESULTADO	18
5.1.1.3.RELACIÓN MEDICO-PACIENTE	18
5.1.1.4.RELACIÓN JURÍDICA MEDICO – PACIENTE	19
5.1.1.4.1.DESDE LA PERSPECTIVA VERTICAL	19
5.1.1.4.2.DESDE LA PERSPECTIVA HORIZONTAL	19
5.2.PACIENTE	19
5.3.OBJETO	19
6.CONSENTIMIENTO INFORMADO	19
7.HISTORIA CLINICA	22
7.1.CONCEPTO	22
7.2.FINALIDAD	22
• DOCENCIA E INVESTIGACIÓN	22
• EVALUACIÓN DE LA CALIDAD ASISTENCIAL	22
• ADMINISTRATIVA	22
• MÉDICO-LEGAL	23
7.3.CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLINICA	23
7.3.1.CONFIDENCIALIDAD	23
7.3.2.SEGURIDAD	24
7.3.3.DISPONIBILIDAD	24
7.3.4.ÚNICA	24
7.3.5.LEGIBLE	24
7.4.REQUISITOS DE LA HISTORIA CLINICA	24
7.4.1.VERACIDAD	24
7.4.2.EXACTA	24
7.4.3.RIGOR TÉCNICO DE LOS REGISTROS	24
7.4.4.COETANEIDAD DE REGISTROS	24
7.4.5.COMPLETA	24
7.4.6.CON IDENTIFICACIÓN DEL PROFESIONAL	25
7.5.OTROS ASPECTOS DE LA HISTORIA CLINICA	25

7.5.1.CUSTODIA	25
7.5.2.ACCESO	25
7.5.3.ALMACENAMIENTO Y CONSERVACIÓN	25
7.6.HISTORIA CLINICA INFORMATIZADA	25
8.CAUSAS DE LOS JUICIOS POR RESPONSABILIDAD PROFESIONAL	26
8.1 MÉDICOS	26
8.2 PACIENTE	26
9.CARACTERÍSTICAS DEL POR QUE DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN LA ACTUALIDAD	27
10.ASPECTOS CRITICOS DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN LA ACTUALIDAD	28
11.ANEXOS	28
ANEXO 1: CUADRO-RESUMEN ESTADISTICA GENERAL	
ANEXO 2: CUADRO-RESUMEN ESTADISTICA POR ESPECIALIDADES	
CONCLUSIONES	29
BIBLIOGRAFÍA	31

INTRODUCCIÓN

La medicina es una de las actividades profesionales más expuestas en la actualidad al riesgo de acciones de indemnización de perjuicios, el paso hacia el siglo XXI parece estar dominado por la búsqueda de una seguridad en salud absoluta, testimonio del interés que nuestra época presta a la vida y a la salud, en una sociedad como la nuestra que tiene graves inconvenientes para asegurar el servicio de salud mínimo a la población, resulta entendible que la discusión acerca de este tema sea más bien difícil pero debe haber una preocupación por una eventual “excesiva judicialización” de la actividad médica.

La clásica afirmación de Plinio de que los médicos son los únicos que pueden matar impunemente parece no ser tan exacta, desde el punto de vista histórico el propio juramento hipocrático y la evolución del derecho desde la época romana, demuestra que los médicos han estado sujetos a la responsabilidad penal y civil, es así como la responsabilidad civil es una de las ramas del derecho que más avances ha experimentado en los últimos años por la continua exposición de las víctimas y el desarrollo de la ciencia, así como por las acciones que se proponen continuamente en los estrados judiciales, sucesos procedentes de distintas fuentes como la inundación tecnológica, intromisión de los poderes del mercado y del estado, explosión de litigios por los usuarios y la perversión de la relación de ayuda desde la virtuosidad médica hacia una postura timorata de no maleficencia están frustrando, amenazando, desmoralizando y llenando de incertidumbre el que hacer médico, haciéndolo sucumbir en un pragmatismo y escepticismo sobre la verdad característica del pensamiento actual.

Lo que está en cuestión es la ética inherente a la responsabilidad profesional, la profesión se rigió por distintas concepciones éticas que tácitas la sustentaron desde Hipócrates, sin embargo, por no haber examinado intelectualmente esta base bioética ha resuelto insuficientemente la vertiente profesional, así el hecho de la moralidad es una necesidad biológica inexorable de la condición humana por ser in-adaptada, o sea, dar cuenta ante sí (autoconciencia) o los demás (conciencia social) razonablemente, de donde se desprende de la primera la guía por los proyectos de vida o ideales de perfección personales (Ley moral) y de la segunda a obedecer las obligaciones o mandatos colectivos (Ley jurídica), la “responsabilidad de máximas” (La virtuosidad) comprende los principios de autonomía y beneficencia y la “responsabilidad de mínimos” (el deber) los de justicia y no maleficencia, en salud concebida como empresa de servicios, ambos valores requieren ser analizados para que, actuando como dispositivos de autocontrol, eviten la mala práctica y perfeccionen el sistema y cuidado del enfermo.

La profesión médica ha guardado históricamente una relación íntima con la consagración y por ello está investida por una fuerte responsabilidad moral y una impunidad jurídica relativa, manifiestamente la medicina moderna ha saltado vertiginosamente del estatuto de profesión al de oficio donde los litigios legales han crecido exponencialmente y seguirán multiplicándose si el médico continúa asumiéndose como técnico empresarial de la salud, mientras las virtudes se están esfumándose o reduciéndose a comportamientos cautelosos no maleficentes, faltando una pregunta previa de si ¿El profesional sabe de la moralidad de sus actos? Y si lo que sabe ¿Es adecuado?, a la vez de hacerle entender al médico que por su vocación y entrenamiento, está centralizando sus acciones en el paciente y en la enfermedad sin darse cuenta de que los

tiempos económicos han hecho que por detrás y a la espera, se hallan numerosas expectativas de terceros, mucha veces difíciles de sortear.

¿Puede entonces vivirse bajo la norma de una ética Kantiana (el deber por el deber y la buena voluntad como motor esencial de la acción moral) cuando la sociedad juega bajo los términos de una mal entendida ética utilitarista?, el altruismo médico se vende a muy bajo precio y su trabajo se adiciona en los paquetes económicos como parte del beneficio, por esto no se puede seguir jugando el papel de mártires, sino tomar el comando de nuestro propio destino, buscando la unión y el poder que ella origina, para que los médicos tengan de nuevo una voz en la sociedad, imponer el arte de escribir claramente lo que sabemos, consultar lo que no conocemos y omitir todo aquello que dudamos, porque escribir es nuestra “arma”, estudiar y capacitarnos todos los días, nuestra “mejor defensa”, hay que entrar en conflicto muchas veces con nosotros mismos, respetar al enfermo para arriesgar su vida, nunca tan cierto el que debemos “usar el sentido común, que muchas veces no es el más común de los sentidos”, debemos estar atentos, nuestro común enemigo acecha y debemos cuidarnos de nosotros mismos.

La relación entre el médico y el paciente tiene una naturaleza contractual que en la medicina curativa o de medios se acerca a la figura de arrendamiento de servicios en el que el médico no adquiere la obligación de conseguir un resultado concreto, sino tan solo de prestar su asistencia, ello es así por la naturaleza mortal del hombre y la insuficiencia de la ciencia médica para la curación de determinadas enfermedades, por lo que solo puede exigirse al facultativo la prestación de medios para la deseable curación del paciente, en cambio, en la medicina satisfactiva o de resultados, el contrato es un arrendamiento de obra, en el que el médico sí adquiere el compromiso de alcanzar un resultado concreto.

OBJETIVO GENERAL

Presentar una visión general sobre el tema de responsabilidad profesional y sus connotaciones legales, analizando problemas actuales de la responsabilidad civil profesional y concientizando a los profesionales de la salud sobre el aumento considerable de demandas con el fin de fortalecer a los profesionales en definiciones, fundamentos, normas, leyes, consecuencias, prevención, obligaciones y derechos sobre la responsabilidad profesional de su práctica médica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Mencionar la reciente transformación de los médicos como sujetos pasivos frecuentes de acciones de responsabilidad que persiguen la reparación de daños causados a pacientes. Identificando algunas de las causas de esta inflación de la litigación en materia médica.
2. Analizar problemas actuales de la responsabilidad civil profesional, la calificación de la responsabilidad médica, la naturaleza de las obligaciones del médico, el riesgo terapéutico o accidente médico.
3. Profundizar sobre definiciones de responsabilidad profesional, jurídica y médica, como en los tipos de responsabilidad y culpa médica.
4. Motivar la importancia de las observaciones y características actuales de las normas y leyes en salud.
5. Concientizar a los profesionales sobre el aumento considerable en el número de litigios contra médicos y la amenazante situación en que se encuentran.
6. Fortalecer los esquemas preventivos que tiendan a evitar daños ocasionados en el ejercicio profesional.
7. Incentivar la importancia del perfecto diligenciamiento de la historia clínica del paciente y del consentimiento informado como regla ética fundamental.
8. Presentar estadísticas por demandas efectuadas por los pacientes y/o familiares para dar una visión general del problema.
9. Entender que en la evolución social la relación entre el médico y el paciente ha cambiado sustancialmente, pasando del paternalismo y la mutua confianza a relaciones más complejas de tipo jurídico, económico, informativo y cultural.

LA RESPONSABILIDAD MEDICA

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

Para nadie es un secreto que todo acerca del significado de la responsabilidad médica está escrito, sin embargo se hace absolutamente necesario derivar el fundamento que lo atañe, para identificar el reconocimiento del presente contexto y así sea aceptado de manera clara el eterno abatimiento del conocimiento de ésta. Es importante aclarar que el significado de la responsabilidad médica se debe asumir como un instrumento, en ventaja y desventaja frente a lo que el medio nos ofrece, ésta no debe carecer de iniciativa para el cuestionamiento, la diversidad de opinión, la relevancia, pervivencia y evidentemente la facticidad con la que se impone su atención en la actualidad.

Ahora bien la conciencia es, en efecto, nihilizadora, es decir, puede negar el si. En este sentido, debe ser caracterizada como libertad; una libertad que al ser absoluta experimenta la angustia ante la responsabilidad de ser el fundamento de todos sus actos. Hablando de responsabilidad entenderíamos que es la obligación de reparar y satisfacer por si mismo o en ocasiones especiales, por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño originado, por otro lado tenemos que la medicina como tal es la ciencia y arte que trata de la curación y la prevención de la enfermedad, así como del mantenimiento de la salud. Llegando el momento de preguntarnos en que momento se hace necesario unir estos significados para convertirlos en una necesidad actual.

2. RESPONSABILIDAD MÉDICA:

Se conoce como el compromiso de los médicos de cada una de sus acciones, es la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica.

2.1. RESPONSABILIDAD MEDICA SEGÚN:

2.1.1. EL ÁMBITO O CAUSA

2.1.1.1. PENAL: Papel especial en las acciones legales de los profesionales de la salud. El Código Penal Colombiano sanciona con pena una serie de conductas que afectan los bienes jurídicos como la vida y la integridad personal en la cual se demuestre la culpabilidad del médico. Además de las conductas dolosas, si el resultado es el producto de la infracción del deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible o habiéndolo previsto, "confió en poder evitarlo"¹. los delitos cometidos son homicidio culposo, homicidio por piedad, inducción o ayuda al suicidio, lesiones personales culposas, el aborto, lesiones al feto, omisión de socorro, manipulación genética y falsedad de documentos (adulteración de historias clínicas).

¹ Artículo 23, Código Penal.

2.1.1.2.CIVIL: Consiste en la indemnización de los perjuicios ocasionados a un paciente o sus familiares en la prestación de un servicio de salud, que ha afectado su salud, vida o integridad personal, la acción puede dirigirse tanto contra personas naturales como jurídicas (EPS, ARS, IPS, sociedades, farmacias, laboratorios farmacéuticos, clínicos o patológicos, bancos de sangre, etc). En la jurisdicción ordinaria si la persona natural o jurídica tiene naturaleza civil, los jueces competentes serán los jueces civiles y en ultima instancia la corte suprema de justicia²

2.1.1.3.ÉTICO–DISCIPLINARIA: Ley 23/81 (Materia Medica) Y ley 35/84 (Materia Odontológica), códigos de ética profesional (Deberes) y funcionamiento de tribunales de ética profesional y procesos ético – disciplinarios. Las sanciones van desde amonestaciones privadas hasta la suspensión del ejercicio por un termino máximo de 5 años, también hay derecho de defensa y de debido proceso, el proceso ético es independiente del civil y del penal. La ley 10 y 23/62 prohíben el ejercicio ilegal de los profesionales y Decreto 3380/81.³

2.1.1.4.DISCIPLINARIA: Si el profesional posee el carácter de funcionario público con un proceso disciplinario de la institución de la Procuraduría General de la Nación (Ley 734/02), con sanciones como multas, suspensión y destitución.⁴

2.1.1.5.ESTATUTARIA O LABORAL: Por reglamentos en cooperativas, empresas, sociedades científicas, EPS e IPS privadas que regulan los deberes de los profesionales y las sanciones.⁵

2.1.1.6.ADMINISTRATIVA: Disposiciones de carácter administrativo de obligatorio cumplimiento por las EPS e IPS que dan lugar a investigaciones por parte de las direcciones seccionales y locales de salud y de la Superintendencia Nacional de salud, con sanciones como multas y lo cierres temporales o definitivos de establecimientos.

2.1.1.7CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: Si el servicio de salud es prestado por un hospital o un funcionario publico, la competencia pertenece a los juzgados administrativos y en segunda instancia al tribunal administrativo, si la demanda se dirige contra varias personas e instituciones, la acción se denomina de reparación directa. Constituye una demanda de responsabilidad civil del paciente o sus familiares por la prestación defectuosa de un servicio de salud y se denomina (Falla o falta de servicio publico hospitalario, el articulo 90 de la Constitución Nacional dice que el estado debe responder por el daño, antijurídico causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas y en los eventos de culpa grave del funcionario público, el estado debe repetir en su contra (Ley 678/01 = Repetición y llamamiento en garantía).⁶

2.1.2.LA ATRIBUCIÓN:

2.1.2.1.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO: Obligación de indemnizar los perjuicios causados por nuestras propias acciones u omisiones, la mayoría de las acciones judiciales se instauran directamente contra el profesional de la salud por su conducta individual.

² Ley 712 de 2001 y 100 de 1993

³ YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica, 6ª Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2004.p.46.

⁴ Ibid., p.49.

⁵ Ibid., p.49.

⁶ Ibid., p.53.

2.1.2.2.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO: La responsabilidad por el hecho de terceros que están bajo nuestro cuidado aplicable a la prestación de servicios de salud donde habrá casos en que ciertas personas deberán responder por los daños que otros causen o directamente la institución por el vínculo que tenga su personal de salud.⁷

2.1.2.3.RESPONSABILIDAD POR EL TRABAJO EN EQUIPO: La teoría del capitán del barco, creada en Estados Unidos donde el cirujano debe ejercer un deber de vigilancia sobre todos los miembros del equipo quirúrgico que lo asisten en la sala de operaciones, se debe determinar si efectivamente en la realización de un acto médico o de un acto de cuidado existe vigilancia y control por el superior (no es el caso de un medico ayudante o residente en el curso de una cirugía supervisada, donde hay un deber de vigilancia del cirujano). El principio de la división del trabajo en horizontal o en sentido estricto, es la que se da entre profesionales en situación de igualdad por su capacitación, competencia e independencia (cirujano y anestesista) y del trabajo vertical o de delegación, donde hay una relación de jerarquía o de supra y subordinación (Cirujano y enfermeras).⁸

2.1.2.4.RESPONSABILIDAD EN LA RELACIÓN DOCENTE–ASISTENCIAL: El entrenamiento de los internos y residentes que realizan su practica en un hospital universitario o en una clínica pueden generar acciones de responsabilidad civil donde se vinculan a las universidades o clínicas universitarias (Decreto 0190/96), donde además de la responsabilidad por el hecho propio, existirá igualmente la responsabilidad por el hecho de un tercero, según el deber de vigilancia y control exigible al docente frente al alumno y donde la institución educativa responde por los daños que sus alumnos causen a terceros.⁹

2.1.2.5.RESPONSABILIDAD DE LAS CLÍNICAS: son las obligaciones de las clínicas con el paciente, derivadas del contrato de hospitalización (Alojamiento, alimentación, personal e infraestructura médica).

2.1.2.6.RESPONSABILIDAD DE LAS COOPERATIVAS, SOCIEDADES Y GRUPOS DE MÉDICOS: La responsabilidad no es solo para los médicos y las IPS tradicionales, sino también para las formas asociativas que constituyen los profesionales para prestar servicios, las sociedades pueden incurrir en responsabilidad de manera independiente a la responsabilidad individual de sus integrantes siendo solidariamente responsables de los daños causados por cada uno de los asociados, lo propio sucede con las cooperativas resultando importante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil para la sociedad y la cooperativa, independiente de los seguros de los profesionales, se aplica el régimen común de responsabilidad civil de cada uno de los profesionales .

2.1.2.7.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS: Se pueden dar casos de daños por el consumo de cosas, infecciones, ruptura de instrumentos, explosión de equipos y daños imputables a la falta de infraestructura institucional.¹⁰

2.1.2.8.RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO EN LA UTILIZACIÓN DE UNA COSA: Es el daño causado por una cosa cuando es manipulada por una persona , como el caso del

⁸ YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica, 6ª Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2004.p.58.

⁹ Ibid.,p.58.

¹⁰ Ibid.,p.62.

bisturí manejado de manera imperita por el cirujano y con el cual se produce una incisión adicional o diferente de la programada.¹¹

2.1.2.9. CUERPOS EXTRAÑOS: Comprende 2 modalidades, una consiste en aquellos insumos o instrumentos que al ser utilizados en una cirugía se dejan olvidados en el organismo del paciente (gasas o instrumentos quirúrgicos) y la otra referida a los elementos que accidentalmente puedan ingresar en el organismo de manera anormal (como dientes desprendidos en procedimientos odontológicos o en intubaciones, componente orgánicos o materiales que el paciente pueda ingerir en tratamientos o que permanezcan alojados de otros procedimientos médicos). El olvido de cuerpos extraños en la doctrina extranjera se denomina “óblito quirúrgico” en otros países como Francia, se ha calificado el olvido de un cuerpo extraño como un evento de culpa virtual, que genera responsabilidad por el solo hecho de la anormal circunstancia de que se deje en el paciente un elemento extraño, en la imputabilidad de responsabilidad por los cuerpos extraños debe tenerse en cuenta la labor de la instrumentadora quien debe realizar el conteo de los elementos utilizados en una cirugía.

2.1.2.10. VACUNACIONES: La ley se ha vuelto obligatoria, con un objetivo de salud pública, un cierto número de vacunaciones, desde que aparezcan daños ligados a las vacunaciones obligatorias, el estado soporta la carga de la indemnización así sea en centros públicos o privados.

2.1.2.11. PRODUCTOS DEFECTUOSOS: Hay ausencia de legislación expresa en nuestro país sobre la responsabilidad del fabricante y se recurre a las normas generales del Código Civil para enfrentar los peligros derivados de la mala calidad de los productos químicos y farmacéuticos. La responsabilidad del fabricante tiene dos manifestaciones claras en la prestación de servicios de salud, la que surge por los equipos e instrumentos que se utilizan para la realización de diagnósticos y procedimientos (Maquinas, equipos, camas, instrumental, osteosíntesis, prótesis, etc) y la que se presenta por medicamentos que afectan la salud de los pacientes (prescripción de productos farmacéuticos y drogas). El productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto, la responsabilidad no es solo del fabricante, sino que también compromete al importador y al vendedor, así los productores sean extranjeros si hay daños de equipos también puede investigarse no solo el fabricante si no también la institución propietaria del equipo y el profesional de la salud que lo utiliza. Las clínicas y hospitales deben mantener los equipos que la ciencia y la técnica necesiten en perfectas condiciones de funcionamiento y con el personal capacitado para utilizarlos adecuadamente, la “obligación de seguridad” genera una responsabilidad de carácter objetivo en contra de la institución clínica u hospitalaria, por parte del médico se estudia si existió negligencia de éste en la revisión del equipo, por que corresponde al médico, conocer los instrumentos que utiliza, sin exigirle al profesional conocimientos técnicos en ingeniería biomédica.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA:

3.1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: Es la que no surge de contrato previo. Se le conoce como Aquiliana (Lex Aquilia). Su aplicación en el campo médico es excepcional (por ejemplo asistencia médica inconsulta por estado de inconsciencia o desmayo, alienación mental, accidente, shock).

¹¹ *Ibid.*, p.63.

3.2.RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: Es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito (puede ser tácito o consensual), cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal

4.LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL:

4.1.CULPA INCONSCIENTE: Es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al actuar (ha obrado con negligencia o imprudencia pero no imaginándose el resultado delictuoso de su acción).

4.2.CULPA CONSCIENTE: Es la previsión de un resultado típicamente antijurídico pero que se confía evitar, obrando en consecuencia (es decir, prevee el resultado de su acto pero confía en que no ha de producirse; la esperanza de que el hecho no ocurrirá, la diferencia del dolo).

4.3.CULPA PROFESIONAL: Es cuando se han contravenido las reglas propias de una actividad, o sea hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia.

4.4.MODALIDADES DE LA CULPA EN EL ACTO MEDICO:

4.4.1.IMPERICIA: Es la falta de pericia o habilidad en una ciencia o arte, es la falta de conocimientos o capacidad profesional para realizar un acto médico, es la falta total o parcial de pericia (Conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina); si un médico general efectúa una neurocirugía es un imperito.

4.4.2.IMPRUDENCIA: Es la falta de templanza, cautela, prudencia y buen juicio, es someter a un paciente a un riesgo injustificado, es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones, el médico debe ejercer su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado, cuando un médico sin contar con el equipo adecuado, elementos médicos o infraestructura efectúa un procedimiento sin poder manejar una complicación, excepto en casos de urgencia.

4.4.3.NEGLIGENCIA: Es un descuido o una omisión cuando no se emplean medios conocidos y disponibles en la prestación de un servicio de salud si no se acatan medidas de cuidado, higiene o seguridad, sino se revisa la historia clínica, las instrucciones de equipo, las indicaciones de otro colega, las contraindicaciones de un tratamiento, la anormalidad evidente del instrumental o la fecha de vencimiento de los medicamentos.

4.4.4.VIOLACIÓN DE NORMAS Y REGLAMENTOS: Es la infracción de los principios científicos y las normas legales, es cuando el profesional se aparta de la *lex artis*, normas legales (reglas precisas y de obligatorio cumplimiento), normas de ética médica, estudios profesionales y escuelas científicas. También de protocolos institucionales y la ciencia basada en la evidencia aceptados por la ciencia y literatura médica, las facultades de medicina, las sociedades científicas, los usos médicos reconocidos, la evidencia y todo lo que la medicina señala como indicado para el caso concreto, la conducta del médico será correcta si se adecua a dicha *lex artis ad hoc*.

4.5.LA PRUEBA DE LA CULPA:

4.5.1.LA PRUEBA DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL: La culpa médica por defectuosa prestación de los servicios médicos no se presume, solo se compromete cuando el demandante prueba la culpa del galeno y a este le corresponde demostrar diligencia y cuidado, si la intervención del medico no es exitosa, el paciente no podrá alegar el incumplimiento del medico, a menos que le demuestre su culpa, la culpa médica por defectuosa prestación del servicio debe probarse tanto en materia contractual como extra-contractual, radica en lo aleatorio que resulta la actividad del médico frente al paciente, puede suceder varias situaciones aleatorias: Que el paciente pueda aliviarse con el tratamiento efectuado, también es aleatorio que el médico pueda garantizar que no se producirán daños colaterales o consecuencias del tratamiento médico, finalmente que exista el riesgo de que no se sepa finalmente cual es la causa del daño, o que ni el médico, ni el paciente puedan aportar la prueba de la culpa o de la diligencia o cuidados requeridos, si un daño puede haber sido imputable a 10 o 12 causas entre ellas una posible negligencia del médico ¿por qué el médico tiene que correr con la responsabilidad? si no puede eliminar probatoriamente su propia culpa. Existe una radical diferencia entre la responsabilidad por riesgo en materia extra-contractual (riesgo que en principio debe ser asumido por quien se beneficia de el) y la responsabilidad contractual con culpa probada, producto de la aleatoriedad o riesgo de la prestación (obligación de medio). Tradicionalmente se ha dicho que el que asume los riesgos de la prestación médica es el paciente por los argumentos de la dificultad para lograr el resultado requerido, el de la no exigibilidad de otra conducta, la justificación del hecho o el fin noble perseguido por el médico mediante la teoría de la asunción de riesgos, principio según el cual quien se expone a un riesgo en forma voluntaria, debe correr con las consecuencias del mismo, a menos que demuestre la culpa del medico.

4.5.2.LA PRUEBA DE LA CULPA MÉDICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: En cuanto a la posible presunción de culpa en la responsabilidad extra-contractual por la prestación defectuosa de un servicio médico, el único tipo de responsabilidad que podría ser discutida es el de la responsabilidad por actividades peligrosas, si tal forma de responsabilidad fuera aplicable al médico se presumirá responsable y solo podría exonerarse mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima). Cuando el medico interviene al paciente, la situación es riesgosa para éste, no tanto por el acto mismo del médico, sino por el estado de salud del paciente, o sea , que no es extraño pensar que el riesgo lo esta creando realmente el paciente y el médico en virtud de un deber y de una justificación legal trata de recuperar la salud del enfermo, es en virtud del cumplimiento de un deber que el medico actúa. La responsabilidad extra-contractual por el riesgo creado o por el riesgo-beneficio, solo existe cuando la víctima no necesita para nada de la actividad riesgosa del agente y este sin que exista un deber jurídico por medio, pone en peligro la vida o la integridad personal de los demás, es decir, solo el agente es creador del riesgo y es quien en forma inconsulta, pone en peligro la vida de los otros, pero en la actividad médica no es el médico quien crea el riesgo, ni quien ejercita la actividad peligrosa y por lo tanto, su culpa no puede presumirse. En materia extra-contractual es aceptable el principio según el cual quien acepta correr un riesgo, corre con los daños derivados del mismo, a menos que demuestre la culpa del agente.

4.5.3.LA PRUEBA DE LA CULPA MÉDICA EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del estado se encuentra en la Carta Política de 1991. El daño antijurídico establecido en el artículo 90 de la Carta Política “El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. “En el evento de ser condenado el estado a

la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”. Lo primero se refiere a la responsabilidad del estado frente a los particulares y lo segundo a la responsabilidad de los agentes estatales ante el estado. El daño antijurídico es fundamento de la responsabilidad extra-contractual del estado y de la contractual también.

El daño antijurídico es “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra-patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar” puede ser el efecto de una causa lícita pero también de una ilícita, esta doble causa corresponde a la responsabilidad subjetiva y objetiva. La responsabilidad del estado se convierte en un mecanismo de contención respecto del ejercicio abusivo del poder. El consejo de estado interpretó que la noción de daño antijurídico daba lugar a una responsabilidad objetiva pero no encontró la manera de aplicar tal criterio de imputación a la responsabilidad médica estatal que para el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo se debía seguir gobernando por criterios de imputación subjetivos como la falla del servicio, utilizó la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, sosteniendo que esta noción de daño antijurídico no se aplica a la obligación de medio, en la cual se cataloga a la medicina que no supone necesario que todo daño que cause el médico en el ejercicio de su profesión da lugar a su responsabilidad, pues hay casos igualmente en que éste daño se justifica y por tanto el paciente está en la obligación jurídica de soportarlo como lo que tenga reportado la ciencia médica como de común ocurrencia de cuya eventualidad haya sido advertido el paciente y otorgado su consentimiento, luego de establecida la relación en causa entre el acto médico y el daño, es a la entidad demandada a quien le corresponde demostrar la existencia de causales de justificación del daño médico causado, pues en su defecto se hará responsable del daño.

Cuando el daño se debe a una mala organización o en un mal funcionamiento del servicio o una administración defectuosa de cuidados no médicos, una falta simple basta para comprometer la responsabilidad del establecimiento público; por el contrario, cuando el daño se debe a una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos una falta grave es necesaria, son actos médicos todos aquellos cuyo cumplimiento presenta serias dificultades y requiere de conocimientos especiales adquiridos a costa de estudios prolongados. Cualquier tipo de culpa en la prestación de un acto de cuidado compromete la responsabilidad de la entidad hospitalaria de derecho público, así se trate de culpas leves o levísimas y la culpa por estos actos debe ser probada.

El estado actual de la Jurisprudencia nos indica que en la responsabilidad del estado no solo se presume la falla del servicio médico, sino también la relación de causalidad ente dicha falla y el daño, a la entidad demandada le corresponde demostrar cual fue la causa del daño y cuales la diligencia y cuidado empleados.¹²

4.6.ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PRESUNCIÓN DE LA CULPA MÉDICA TANTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

Los tribunales civiles, salvo casos aislados, continúan sosteniendo la tesis tradicional, según la cual la culpa médica debe ser probada por tratarse de una obligación de medios, dado lo aleatorio del resultado pretendido por el paciente.

¹² TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Sobre la Prueba de la Culpa Médica”. En: Derecho Civil y Administrativo, 1ª Edición, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE. P .90.

4.6.1.CARGA DINÁMICA DE LAS PRUEBAS: En un reciente pronunciamiento se la Corte Suprema de Justicia, se señaló que el paciente esta obligado a demostrar la culpa del médico, pero que habrá ciertos casos en concretos en los que cobrará vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, las pruebas, de lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real, ambas partes deben contribuir activamente al debate probatorio, tanto el paciente como el médico para que el juez pueda ejercer un papel oficioso.

Principio según el cual en cada caso concreto, serán el demandante y el demandado los encargados de aportar la prueba bien sea de la culpa o de la ausencia de ésta, lo cual depende de las circunstancias del caso concreto y la situación procesal de las partes, la carga dinámica es radicar la carga probatoria en aquella de las personas que este en posibilidad demostrar la real verdad de las cosas, lo cual en absolutamente todos los casos al médico le queda más fácil demostrar diligencia y cuidado pero en la práctica constantemente ni el paciente tiene la posibilidad de explicar la culpa del médico, ni el médico tiene la posibilidad de explicar como ocurrieron los daños del paciente y en que consistieron éstos, por carga dinámica de las pruebas ha de entenderse la obligación que tiene el médico de no permanecer pasivo a la espera de que se pruebe su culpabilidad, sino por el contrario de colaborar con su propia versión y documentos al establecimiento de una verdad real, no puede entenderse como un principio rígido de presunción si no como un método regulador que hace recaer la carga probatoria sobre aquella de las partes que está en capacidad de aportarla.

4.6.2.PRUEBAS DE QUE DISPONE EL MEDICO: Versión del médico, historia clínica elaborada, dictámenes, necropsias, exámenes de laboratorio, testigos, etc.

4.6.3.EN QUE CONSISTE LA PRUEBA DE LA DILIGENCIA Y DEL CUIDADO: Solo es posible cuando se conoce la causa precisa del daño y se demuestra que exactamente, en dicha causa, el médico no intervino culposamente, se puede afirmar que son muchos los casos en los cuales, el médico no tiene la posibilidad de probar la ausencia de culpa, así hubiese sido diligente.

4.6.4.PRUEBA DE LA CULPA: Antes de establecer la apreciación de la culpa el juez debe tener en cuenta el carácter aleatorio de la medicina, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la preparación académica del profesional.

4.6.5.RESPONSABILIDAD SUBJETIVA: La culpa probada o responsabilidad subjetiva indica que corresponde al paciente demostrar la culpa del profesional por que la responsabilidad medica es de carácter contractual donde el profesional de la salud no se obliga a curar al paciente, sino a brindarle los cuidados concienzudos y atentos conforme a la ciencia (Fallo “Mercier” Francia, 1936), con relación a las obligaciones que asume el médico frente a su cliente, el contrato de servicios profesionales implica el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solicitados y conformes a la ciencia (Colombia, sentencia Corte Suprema de Justicia III-1940. Magistrado ponente Liborio Escallon).

4.6.6.RESPONSABILIDAD OBJETIVA: En algunos eventos surge la obligación de indemnizar sin necesidad de demostrar culpa del causante del daño propio de los accidentes de trabajo e infecciones nosocomiales o infecciones intra- hospitalarias, debe reunir tres elementos. Que el objeto o la cosa que causa el daño este bajo el control exclusivo del demandado o de alguien por el cual debe responder; que el hecho generador del daño sea desconocido; y que las circunstancias en las cuales el daño se produjo sean tales que puedan normalmente explicarse

sino por una culpa del demandado (Máxima res ipsa loquitur “Países Anglosajones 1809” Faute Virtuelle “Culpa Virtual , Francia” prueba Prima Facie, prueba por impresión “Alemania e Italia “.

4.6.7.ACTIVIDAD PELIGROSA: Como es la hipótesis de la transmisión de enfermedades por transfusiones sanguíneas por ser una actividad peligrosa. La consideración de la medicina como una actividad peligrosa contrariaría sus nobles fines e impediría sus ejercicios y por tal razón no es concebible dicha caracterización.

4.6.8.FALLA DEL SERVICIO MEDICO Y HOSPITALARIO: Por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio.

4.6.9.FALLA PRESUNTA: Parte de la dificultad para el paciente de la comprobación de la culpa médica en las intervenciones quirúrgicas, por la cual el Consejo de Estado Colombiano realizó un giro jurisprudencial, invirtiendo la carga de la prueba en contra de las IPS. La falla presunta se refiere a la responsabilidad de la institución o servicio público hospitalario.

4.7.LA CULPA MEDICA PUEDE SER POR:

4.7.1.OMISIÓN Y RETARDO: Hay 2 hipótesis, la omisión de prestar un servicio o una ayuda a quien acude a una institución (negativa de institución para atender una urgencia) y a quien en el curso de un tratamiento o procedimiento, deja de hacerse algo que necesita para preservar su salud (no suministro de un medicamento, servicio o atención), también el retardo genera responsabilidad.¹³

4.7.2.ERROR DE DIAGNOSTICO: El diagnostico es uno de los actos médicos mas importantes de la practica médica, a partir de éste se diseña el plan de tratamiento correspondiente por lo que un diagnostico equivocado puede generar responsabilidad en caso de un error grave, por que la medicina no forma parte de las ciencias exactas, intervienen con frecuencia elementos inaprensibles con riesgos extraños de difícil previsibilidad, propiciando errores diagnósticos, dentro de tolerables márgenes, que pueden escapar al rigor de la incriminación, es importante señalar que es fundamental la colaboración del paciente en cuanto a la información que debe suministrar el médico, ya que su omisión exonera al profesional. El riesgo diagnostico significa la demanda de exámenes complementarios que idealmente no deberían ser ordenados debido al riesgo que asume el paciente al practicarse o por el contrario, la ausencia de éstos exponiéndolos a un mal diagnostico por exámenes insuficientes. Ésto conlleva a la medicina defensiva de no realiza actos médicos riesgosos y acudiendo al recurso excesivo de ayudas diagnosticas, llevando al extremo el gasto innecesario en salud, en el tema de la medicina defensiva los jueces emiten un juicio ex-post sobre el caso, sin incertidumbre frente al diagnostico, donde las cosas aparecen demasiado obvias, mientras los galenos se enfrentan en una posición ex –ante, situación terriblemente desventajosa para el médico quien se enfrenta a un paciente que puede tener muchas posibilidades diagnosticas.¹⁴

4.7.3.ELECCIÓN DEL TRATAMIENTO: Si hay un error en la determinación de la patología, el tratamiento también será equivocado, también existe el principio de la libertad terapéutica o de prescripción donde se permite escoger el método y la técnica que se considere indicada, pero no es una permisión a un uso abusivo, esta libertad no es absoluta y debe conjugarse con el

¹³ YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica, 6ª Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2004.p.101

¹⁴ *Ibid.*,p.103.

derecho del paciente por la elección del tratamiento precedida de la información del paciente y de su participación en la decisión, todo tratamiento debe estar fundamentado en la ciencia y la evidencia, sin poder ser cuestionado su decisión, aun en el caso de que otros profesionales e incluso peritos sean partidarios de las otras opciones de los profesionales se encuentran divididas y el juez no puede tomar partido en tales controversias, la teoría de la “Respetable Minoría” en Estados Unidos donde el método utilizado por el profesional no genera responsabilidad si al menos cuenta con la anuencia de un número respetable de médicos, por que si la ciencia lo considera como revaluado si constituye una falta del profesional.¹⁵

4.7.4.CULPA O FALLA TÉCNICA: Consiste en una conducta terapéutica o quirúrgica contraria a lo que la ciencia médica prescribe como la mala maniobra de un cirujano durante el curso de una intervención quirúrgica.

4.7.5.DESCUIDO POSTOPERATORIO: Existe un deber de vigilancia y asistencia al paciente en el curso del tratamiento cobrando mayor importancia en el postoperatorio inmediato y mediato que le compete al cirujano, al anestesiólogo o al personal de la institución.¹⁶

4.7.6.AUSENCIA O FALLAS EN EL CONSENTIMIENTO: El principal derecho del paciente es el consentimiento informado fundado en la libertad individual, la autonomía y la autodeterminación, que le impone al profesional la obligación de brindar al paciente información sobre su enfermedad, las alternativas terapéuticas, los riesgos y beneficios del procedimiento sugerido para que el tome una decisión y autorice la realización del acto médico sin un consentimiento, sea escrito u oral, ninguna cirugía, examen o tratamiento puede realizarse excepto en caso de urgencia, en lo que respecta a los menores de edad (Pediatria y odontopediatria) en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones pero, no quiere decir que puedan tomar cualquier decisión médica relativa al menor porque él también tiene protección constitucional, también surge la obligación de informar al paciente sometido a un tratamiento en el pasado sobre un descubrimiento científico que demuestra consecuencias negativas así como las personas mayores de edad con disfunciones mentales deben tener un representante legal.

5.ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:

Llamémosle acto jurídico clínico, el acuerdo de voluntades expreso, tácito o por disposición de la ley, que sostiene una persona denominada médico y otra llamada paciente, y que tiene como objeto, diagnosticar, atender, prevenir, curar y/o rehabilitar a otra persona llamada paciente.

También podemos identificar a dicho acto jurídico, como contrato de prestación médica, asimilándolo dentro de la categoría de los contratos de prestación de servicios profesionales que regula el Código Civil.

Los elementos personales que componen la relación jurídica del acto jurídico clínico son:

5.1. MÉDICO:

Es el profesional perito en el conocimiento de la medicina, que brinda un servicio de atención médica, de conformidad al equipo e insumos necesarios que tenga, que puede contar a la vez con la coadyuvancia de personal técnico a su dirección; a efecto de emitir juicios sobre el

¹⁵ *Ibíd.*,p.108.

¹⁶ YEPES RESTREPO, Sergio. *La Responsabilidad Civil Médica*, 6ª Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2004,p.111.

estado de salud del paciente, ya sea para atenderlo, prevenirle, curarle o rehabilitarlo de alguna enfermedad que menoscabe su vida y su salud física.

5.1.1.OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS:

5.1.1.1.OBLIGACIÓN DE MEDIO: En virtud de la cual su deber de ciudadano y atención consiste en el empleo de acciones y conductas para el restablecimiento de la salud , sin tener que curar, solo tratar y procurar lo mejor para su paciente, utilizando sus medios, cuidados y conocimientos, al médico no le exigen milagros ni imposibles pero si a ser idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión, haciendo todo aquello que es indicado hacer y absteniéndose de hacer todo aquello que no debe hacerse, el paciente debe demostrar su culpa y el médico exonerarse si actuó con diligencia y cuidado o si demuestra caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente.

El médico esta obligado a poner todo su empeño, conocimientos y técnicas a su alcance para recuperar la salud perdida. Su obligación principal es cuidar al paciente. Los métodos de prevención y profilaxis (vacunación, estudios preoperatorios, evitar interacciones medicamentosas nocivas, etc), serán su prioridad y a ello tenderán la investigación, todos los planes de salud, y la práctica médica diaria. Ninguno está exento a este cuidado. A posteriori si puede, curar al enfermo.

5.1.1.2.OBLIGACIÓN DE RESULTADO: Aplicable al sector de la doctrina a la cirugía y a la medicina estética, donde el profesional utiliza terminología asegurando resultados, es por ello que debe utilizarse un lenguaje prudente y una publicidad y oferta de servicios acorde con la naturaleza de la actividad, para no agravar la obligación del prestador.

El ejemplo clásico es la cirugía estética. Otros son anatomía patológica, laboratorio y radiología. En estos rubros (Especialidades) se promete un resultado concreto.

5.1.1.3.RELACIÓN MEDICO- PACIENTE:

Necio sería olvidar que una buena relación médico – paciente evita la mayoría de los cuestionamientos del enfermo a las terapias por recibir o recibidas. El paciente (Incluso el menos letrado) exige saber.

A veces pide informes parciales, a veces solicita detalles y numerosas aclaraciones a sus dudas. Muchos de sus miedos demandan de nuestra comprensión y apoyo. No basta con que le digamos lo que tiene y lo que haremos (o hemos decidido hacer) sino que espera nuestra comprensión. En algunos casos le interesa nuestra "complicidad" o nuestra prudencia en el informe a sus familiares. A veces son éstos los que solicitan nuestro silencio. Cada enfermo es un individuo, una persona no comparable a otra, cada cual requiere una atención personalizada de su enfermedad y siempre demanda que ella sea integral.

Lo físico le importa, pero también las posibles consecuencias de nuestro accionar u omisión. Su presente y su futuro se hacen visibles en cada consulta médica. Su mente rechaza o acepta el mal que lo aqueja, no reacciona como quiere, sino que lo hace como puede y no siempre colaborando con las necesidades de su búsqueda de ayuda en su relación con nosotros.

Muchas veces escapa conciente o no en un estado de inseguridad e indefensión simulando una convicción que lejos está de sentir.

Sus pedidos de ayuda pueden ser enmascarados bajo una actitud de dudosa expectativa, pueden cuestionar lo incuestionable. Siempre existe una pregunta latente: ¿Porqué a mí? En nosotros están para él todas las respuestas, nos exige convicción y claridad en ellas.

Habiendo pasado la época del "paternalismo" y dominio médico nos encontramos en la etapa de todos los ¿porqué?. La falta de respuestas adecuadas nos acerca a la demanda oral y/o legal que tratamos de evitar.

5.1.1.4.RELACIÓN JURÍDICA MÉDICO – PACIENTE:

Debe entenderse como relación jurídica, el nexo que une una persona con otra, la cual implica para cada una de las partes, una serie de derechos y obligaciones.

La relación jurídica médico-paciente, puede entenderse desde dos enfoques: uno vertical y otro de carácter horizontal.

5.1.1.4.1.DESDE LA PERSPECTIVA VERTICAL: existe una subordinación del paciente hacia el médico, donde se considera al enfermo como incapaz de tomar decisiones; por lo que el médico decide por él, aunque fuera en deterioro del bienestar del paciente.

5.1.1.4.2..DESDE LA PERSPECTIVA HORIZONTAL: existe una relación de igualdad entre medico y paciente, donde la libertad autónoma del paciente juega un papel preponderante en la toma de decisiones en el ejercicio de su derecho de personalidad y de la información.

En la relación vertical, el medico asume una función paternal o de tutor, que considera al enfermo desvalido física y moralmente, incapaz de tomar decisiones, así como de comprender los tratamientos terapéuticos; en cambio desde el punto de vista horizontal, existe una igualdad entre el médico y el paciente, que presupone el deber del medico de informar al paciente, sobre el estado de salud, para que éste, decida de manera libre y razonada, sobre su propio cuerpo.

5.2.PACIENTE: Es el destinatario del acto medico, aquel que por mandato legal contrae una obligación frente al medico que lo atiende.

5.3.OBJETO: El Objeto del acto jurídico es el tratamiento médico-quirúrgico, que el médico previo al análisis del caso especial, hace sobre el paciente, con los riesgos que pueden ser inherentes

6.CONSENTIMIENTO INFORMADO:

La responsabilidad médica es la gran "Vedette", la "Gran Estrella" de la responsabilidad civil, dada la convergencia en ella de algunos aspectos que se salen de los principios y características generales de la responsabilidad civil pues los intereses no son únicamente patrimoniales los que entran en juego en ella por lo que los aspectos que han atraído la mayor atención han sido la "culpa médica y su prueba" y el "consentimiento informado" del paciente que en estricto rigor debería llamarse "voluntad jurídica" del paciente, también llamado "consentimiento aclarado" en la prestación de los servicios de salud no se debe perder de vista que el paciente es un sujeto de derechos y obligaciones y no un objeto, que es un ser humano

con una vivencia propia de su realidad histórica y no una maquina descompuesta, que sus intereses suelen ser muy diferentes a los propios intereses de la medicina y que incluso por mas insensatas que nos parezcan sus decisiones ellas puede haber sido tomadas en virtud del ejercicio de su autonomía, pero ésta autonomía del paciente no puede obligar al profesional a actuar en contra de sus convicciones éticas y científicas, sometiendo la prestación de estos servicios a su entero capricho.

No basta con preguntarle al paciente si desea o no que se le aplique tal o cual procedimiento, se deberá suministrar alguna información para que pueda ejercer su derecho a optar, uno de los aspectos mas difíciles es saber lo que se debe informar ya que de un lado, el artículo 11 de la ley 23/81 (Ley de Ética Médica) le impone al médico evitar comentarios que despierten la preocupación del paciente y de otro, la misma normatividad en los artículos 15 y 16 le exige hacer la advertencia del riesgo previsto.

En principio, solo el paciente tiene derecho a recibir la información pertinente y a tomar decisiones en consecuencia, excepto en algunas situaciones para comprender y poder decidir (estado de inconciencia por ejemplo), circunstancias éstas que obligan a buscar a otras personas a hacerlo, pero no todo familiar o allegado al paciente se encuentra legitimado de manera genérica para recibir la información (Ley 23/81), ya que pueden ser informados pero no los asisten facultades decisorias. Tampoco se puede llevar , al otro extremo de informar los asuntos relacionados con la salud de un paciente indiscriminadamente al mayor numero de sus familiares y allegados, ya que se pueden vulnerar algunos derechos fundamentales del paciente y se puede incursionar en una clara violación del secreto profesional, para sintetizar la relación entre la voluntad jurídica del paciente y la responsabilidad contractual tenemos :

- La voluntad del paciente es necesaria para la integración del consentimiento (entendido como acuerdo de voluntades).
- El consentimiento es un elemento indispensable para el perfeccionamiento contractual.
- La responsabilidad civil contractual se entiende como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que surgen por incumplimiento puro y simple o moroso y retardado o defectuoso, donde solo se presenta si no hay violación o incumplimiento del contrato, solo perfeccionado si hay voluntad jurídica de las partes. La voluntad del paciente exteriorizado al inicio del contrato faculta al profesional de la salud para realizar todo acto, tratamiento o procedimiento previsto por éste e informado al paciente.

Consentimiento es en el momento inicial del contrato y el asentimiento aplica a los procedimientos o tratamientos que vayan siendo requeridos y disentiendo es el rechazo a ellos por parte del paciente.

Se deben recordar que el médico debe dejar constancia en la historia clínica del paciente, la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla en caso de extrema urgencia (Decreto 3380/81, artículo 12).

El médico se obliga a informar salvo que una causa extraña se lo impida (Obligación de resultado mínimo); pero no se obliga a que la información por mas que sea suministrada con toda la diligencia y cuidado posible, dote al paciente de la ilustración y capacidad suficiente para que pueda tomar una decisión idónea y acorde con su mejores intereses. La información debe ser simple, aproximada , veraz , leal, prudente, inteligible y oportuna.

Para el consentimiento directo, o sea, por el mismo paciente se presume que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces, son “absolutamente incapaces” los dementes, los impúberes e infantes menores 7 años y sordomudos, sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución, son “relativamente incapaces” los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción, los absolutos presentan ausencia de efectos jurídicos de los actos y a los relativos se les puede conceder valor jurídico a los actos siempre y cuando se realicen en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Las condiciones del paciente para obtener el consentimiento directo son:

- Autonomía del paciente (facultades cognitivas y volitivas).
- Estado psicológico y resistencia anímica.
- Estado espiritual y material respecto a la gravedad del estado de salud que pueda esperar la recuperación para suministrar la información.
- El menor no haya desarrollado las facultades cognitivas y volitivas suficientes para predicar su autonomía.
- Que se trate de la aplicación de un tratamiento ordinario que no afectan el curso cotidiano de la vida, o que siendo extraordinario al ser de carácter invasivo y agobiante sea requerido por el paciente en forma urgente.

No podrán someterlos a cirugías de naturaleza puramente estéticos (embellecedoras) como reasignación de género de su hijo, por el simple motivo de querer tener un hijo del otro sexo.

El incapaz de hecho, es cuando el paciente es capaz legalmente pero en determinado momento se encuentra incapacitado de hecho (inconsciente, obnubilado, etc). Los representantes o parientes del paciente solo pueden tomar decisiones por aquel en pos de la protección de sus derechos personalísimos y sus mejores intereses (sin que sea peor el remedio que la enfermedad), cuando el paciente por creencia religiosa aporte un documento en el cual se opone a una transfusión de sangre o de sus hemoderivados, deberá respetarse su decisión, siempre y cuando ésta obre expresamente por escrito, después de advertírsele sobre los riesgos.

En caso de urgencias el medico podrá actuar sin previo consentimiento cuando el paciente no se halle en capacidad mental de consentir y no estén presentes sus allegados responsables.

- Cuando el medico actúa sin obtener la voluntad del paciente, asume unilateralmente los riesgos, aunque no exista culpa en la producción del daño.
- Informar a quien no corresponde puede constituir una violación del secreto profesional.
- La información debe ser simple, aproximada, prudente, oportuna, inteligible, leal y veraz.
- “El paciente tiene derecho a conocer su estado de salud” (Principio).
- “El médico no puede exponer al paciente a riesgos injustificados” “le explicará al paciente o sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”

- Deben informarse los riesgos previstos de común ocurrencia y los graves.
- El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

A) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impiden.

B) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento.

7.HISTORIA CLÍNICA:

7.1.CONCEPTO:

La historia clínica puede definirse desde diferentes perspectivas: desde el punto de vista gramatical, desde el aspecto jurídico, concepto médico-asistencial, o bien entendiéndose desde el área de la medicina legal, definiéndose en tal circunstancia como el documento medico-legal donde queda registrada toda la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médico-sanitarias realizados con él y todos los datos relativos a su salud, que se elabora con la finalidad de facilitar su asistencia, desde su nacimiento hasta su muerte, y que puede ser utilizada por todos los centros sanitarios donde el paciente acuda.

7.2.FINALIDAD:

La historia clínica tiene como finalidad primordial recoger datos del estado de salud del paciente con el objeto de facilitar la asistencia sanitaria. El motivo que conduce al médico a iniciar la elaboración de la historia clínica y a continuarla a lo largo del tiempo, es el requerimiento de una prestación de servicios sanitarios por parte del paciente.

Puede considerarse que la historia clínica es el instrumento básico del buen ejercicio sanitario, porque sin ella es imposible que el médico pueda tener con el paso del tiempo una visión completa y global del paciente para prestar asistencia.

No obstante, aunque el objetivo primordial de dicho documento es el asistencial, no pueden ni deben obviarse otros aspectos extra-asistenciales de la historia clínica:

A) DOCENCIA E INVESTIGACIÓN: a partir de las historias clínicas pueden realizarse estudios e investigaciones sobre determinadas patologías y publicaciones científicas.

B) EVALUACIÓN DE LA CALIDAD ASISTENCIAL: la historia clínica es considerada por las normas deontológicas y por las normas legales como un derecho del paciente derivado del derecho a una asistencia médica de calidad. Puesto que se trata de un fiel reflejo de la relación médico-paciente así como un registro de la actuación médico-sanitaria prestada al paciente, su estudio y valoración permite establecer el nivel de calidad asistencial prestada.

C) ADMINISTRATIVA: la historia clínica es elemento fundamental para el control y gestión de los servicios médicos de las instituciones sanitarias.

D) MÉDICO-LEGAL:

- Se trata de un documento público/semipúblico, estando el derecho al acceso limitado.
- Puede considerarse como un acta de cuidados asistenciales.
- Existe obligación legal de efectuarla por normativas vigentes: Ley general de sanidad, ordenación de prestaciones sanitarias, derechos de los usuarios, código deontológico médico y normas internacionales.
- Elemento de prueba en los casos de responsabilidad médica profesional, tiene un extraordinario valor jurídico en los casos de responsabilidad médica profesional, al convertirse por orden judicial en la prueba material principal de todos los procesos de responsabilidad profesional médica, constituyendo un documento medico-legal fundamental y de primer orden.

En tales circunstancias la historia clínica, es el elemento que permite la evaluación de la calidad asistencial tanto para la valoración de la conducta del médico como para verificar si cumplió con el deber de informar, de realizar la historia clínica de forma adecuada y eficaz para su finalidad asistencial, puesto que el incumplimiento de tales deberes también constituyen causa de responsabilidad profesional.

- Testimonio documental de ratificación / veracidad de declaraciones sobre actos clínicos y conducta profesional.
- Instrumento de dictamen pericial, elemento clave en la elaboración de informes médico-legales sobre responsabilidad médica profesional. El objeto de estudio de todo informe pericial sobre responsabilidad médica profesional es la historia clínica, a través de la cual se valoran los siguientes aspectos: enumeración de todos los documentos que la integran, reconstrucción de la historia clínica, análisis individualizado de los actos médicos realizados en el paciente, personas que intervinieron durante el proceso asistencial, etc.

El incumplimiento o la no realización de la historia clínica, puede tener las siguientes repercusiones:

- Mal praxis clínico-asistencial, por incumplimiento de la normativa legal.
- Defecto de gestión de los servicios clínicos.
- Riesgo de potencial responsabilidad por perjuicios al paciente, a la institución y a la administración.
- Riesgo médico-legal objetivo, por carencia del elemento de prueba fundamental en reclamaciones por mal praxis médica.

7.3.CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA:

7.3.1.CONFIDENCIALIDAD: El secreto médico es uno de los deberes principales del ejercicio médico cuyo origen de remonta a los tiempos más remotos de la historia y que hoy mantiene toda su vigencia. La obligación de secretos es uno de los temas del derecho sanitario que más

preocupa dada la creciente dificultad de su mantenimiento, el secreto no es absoluto, en la práctica médica pueden surgir situaciones de conflicto entre el deber de secreto y el principio de beneficencia del médico, fuerte protección legal del derecho a la intimidad.

El secreto médico, la confidencialidad e intimidad y la historia clínica, son tres cuestiones que se implican recíprocamente y se relacionan. La historia clínica es el soporte documental biográfico de la asistencia sanitaria administrada a un paciente, por lo que es el documento más privado que existe de una persona.

El problema médico-legal más importante que se plantea es el quebrantamiento de la intimidad y confidencialidad del paciente y los problemas vinculados a su acceso, favorecidos por el tratamiento informatizado de los datos.

7.3.2.SEGURIDAD: Debe constar la identificación del paciente así como de los facultativos y personal sanitario que intervienen a lo largo del proceso asistencial.

7.3.3.DISPONIBILIDAD: Aunque debe preservarse la confidencialidad y la intimidad de los datos en ella reflejada, debe ser así mismo un documento disponible, facilitándose en los casos legalmente contemplados, su acceso y disponibilidad.

7.3.4.ÚNICA: La historia clínica debe ser única para cada paciente por la importancia de cara a los beneficios que ocasiona al paciente la labor asistencial y la gestión y economía sanitaria, siendo uno de los principios reflejados en el artículo 61 de la Ley General de Sanidad.

7.3.5.LEGIBLE: Una historia clínica mal ordenada y difícilmente inteligible perjudica a todos, a los médicos, porque dificulta su labor asistencial y a los pacientes por los errores que pueden derivarse de una inadecuada interpretación de los datos contenidos en la historia clínica.

7.4.REQUISITOS DE LA HISTORIA CLINICA:

7.4.1.VERACIDAD: La historia clínica, debe caracterizarse por ser un documento veraz, constituyendo un derecho del usuario. El no cumplir tal requisito puede incurrirse en un delito tipificado en el actual Código Penal como un delito de falsedad documental.

7.4.2.EXACTA: Sus anotaciones deben ser precisas, que no den lugar a interpretaciones sin fundamento fáctico y todas las pruebas solicitadas deben tener un soporte científico. No deben dejarse espacios en blanco.

7.4.3.RIGOR TÉCNICO DE LOS REGISTROS: Los datos en ella contenida deben ser realizados con criterios objetivos y científicos, debiendo ser respetuosa y sin afirmaciones hirientes para el propio enfermo, otros profesionales o bien hacia la institución.

7.4.4.COETANEIDAD DE REGISTROS: La historia clínica debe realizarse de forma simultánea y coetánea con la asistencia prestada al paciente.

7.4.5.COMPLETA: Debe contener datos suficientes y sintéticos sobre la patología del paciente, debiéndose reflejar en ella todas las fases médico-legales que comprenden todo acto clínico-asistencial. Así mismo, debe contener todos los documentos integrantes de la historia clínica, desde los datos administrativos, documento de consentimiento, informe de asistencia, protocolos especiales, etc.

7.4.6.CON IDENTIFICACIÓN DEL PROFESIONAL: Todo facultativo o personal sanitario que intervenga en la asistencia del paciente, debe constar su identificación, con nombre y apellidos de forma legible, rúbrica y número de colegiado.

7.5.OTROS ASPECTOS DE LA HISTORIA CLINICA:

7.5.1.CUSTODIA: Según la resolución 1995 de 1999, la custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la presente resolución, sin perjuicio de los señalados en otras normas legales vigentes. El prestador podrá entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando éste lo solicite, para los efectos previstos en las disposiciones legales vigentes.

7.5.2.ACCESO: Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley.

- El usuario.
- El Equipo de Salud.
- Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.
- Las demás personas determinadas en la ley.

7.5.3.ALMACENAMIENTO Y CONSERVACIÓN: La historia clínica debe conservarse por un periodo mínimo de 20 años contados a partir de la fecha de la última atención. Mínimo cinco (5) años en el archivo de gestión del prestador de servicios de salud y mínimo quince (15) años en el archivo central, una vez transcurrido el término de conservación, la historia clínica podrá destruirse.

7.6.HISTORIA CLINICA INFORMATIZADA:

La historia clínica es el elemento central de la creación de redes de informática o de telecomunicación médica por las grandes ventajas que proporciona la incorporación de los datos de las historias a los sistemas informáticos en todas las facetas de la medicina ya que facilita la investigación, la docencia, la asistencia médica, la labor de enfermería, la gestión administrativa y económica.

Sin embargo, la informatización de los historiales tiene como inconveniente principal el poner en peligro algunos de los derechos fundamentales del paciente, como son el derecho a la intimidad y confidencialidad del enfermo.

Otro inconveniente sería la pérdida brusca, total o parcial de los datos.

Para evitar tales inconvenientes sería necesario:

- Derecho a la información de que la confidencia hecha al médico y sus hallazgos y deducciones van a ser informatizados.

- Derecho a la libertad para decidir mediante consentimiento si sus datos son informatizados o no.
- Derecho a la intimidad.
- Concientización del personal que manipula la información.
- Acceso restringido.

8.CAUSAS DE LOS JUICIOS POR RESPONSABILIDAD PROFESIONAL:

8.1 MÉDICOS:

Los grandes avances tecnológicos han hecho que muchos médicos sean infalibles ante la opinión pública. No puede el lego comprender que pese a dichos avances en muchas patologías y cuadros signo-sintomatológicos sea difícil llegar a un diagnóstico. Por supuesto que tampoco entienden que con un diagnóstico correcto las terapias no lleven siempre a la misma evolución. Debemos hacer público permanentemente que no hay enfermedades sino enfermos, que a iguales conductas terapéuticas se puede responder con diferentes evoluciones. Para los pacientes, las complicaciones en la evolución muchas veces, son sinónimo de "mala praxis".

- Desaparición del Médico de Familia: La relación médico – paciente se ha visto modificada a través de los tiempos. Se concurre a sanatorios y hospitales para consultar con “el servicio de...” y no con "el doctor tal..."

- Deficiente formación profesional: no escapa a los médicos "viejos" el hecho conocido de que numerosos profesionales noveles desconocen conceptos básicos de la asistencia de los pacientes. El "qué", "cómo", "cuándo" y "dónde" no existen en el interrogatorio o anamnesis y de que numerosos profesionales "expertos" las omiten. Las generalidades son el común en la adquisición de conocimientos y muchas veces en dosis mínimas que no han capacitado el ejercicio de esta noble profesión. En nuestra experiencia como médicos de guardia no fue extraño recibir pacientes derivados de centros de atención primaria con diagnósticos erróneos, terapias mal indicadas e información falaz al enfermo y sus familiares.

- Empobrecimiento: No escapa a nadie que el deterioro de la clase media ha alcanzado a todos los profesionales y en especial a los médicos. Un gran número de ellos deben exigirse un elevado número de horas dedicadas a sus tareas. No les queda ni tiempo ni dinero para realizar un aprendizaje permanente. Y por si ello fuera poco se exponen a perder parte de su lucidez por agotamiento, es parte de un sistema perverso de remuneración.

¿Cómo no va a cometer errores un médico de guardia que cumple su tareas habituales durante 24 horas y toma un reemplazo en las 24 horas siguientes para mejorar su magro salario?

¿O aquél que corre de Institución en Institución y luego a un consultorio con el mismo fin?

8.2 PACIENTE:

- Afán de enriquecimiento: Por un asesoramiento equivocado en relación a las posibles ganancias del juicio.

- Ignorancia: Muchas veces el paciente mal informado comparte sus dudas con familiares y amigos que lo inducen a cuestionar una correcta actitud el médico tratante cuando la evolución de su dolencia ante determinado tratamiento no es la esperada por él. Se observa muchas veces cuando la información dada por el galeno no ha sido bien entendida o bien clara para el nivel sociocultural del enfermo.

- Moda: Cuando las páginas amarillas y la pseudo información (Revistas, TV, radiodifusión) científica se hacen eco de un tema como los probables errores médicos, los titulares son de tamaño mural, se entrevista a los supuestos "damnificados", se pide la opinión televisiva, radial o escrita de "expertos", que le agregan mayor confusión al tema, agregándole numerosos supuestos y teorías a los hechos que en realidad no conocen y la opinión pública se hace eco de las opiniones vertidas como verdades incuestionables. El profesional es condenado por los que nada saben, ¿Influirá a posteriori la sentencia del Juez? luego, si el profesional es absuelto de culpa y cargo, la información se omite o acompaña en letra pequeña a la información necrológica de los diarios, esa que nadie lee, quedándole al médico la mala fama.

- Razones psicológicas: el paciente y/o sus familiares buscan un culpable a las complicaciones, habitualmente es el médico tratante.

Es habitual la pregunta ¿por qué a mi? O ¿por qué yo? Ante el informe de una enfermedad tumoral o de un diagnóstico no esperado.

En un número reducido de casos la demanda es justa y atribuible a culpas médicas. Los profesionales jóvenes se atreven a todo olvidando que deben capacitarse cada día y los mayores llegan a confiarse y a suponer que su experiencia y antecedentes sirven para determinar todo con exactitud olvidando que son falibles.

9.CARACTERÍSTICAS DEL PORQUÉ DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ACTUALIDAD:

La responsabilidad es la consecuencia jurídica de la violación de la ley, realizada por quien siendo imputable, en forma activa, omisiva, dolosa o culposamente lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídicamente tutelado.

El mero conocimiento científico-técnico no alcanza en el acto médico , se requiere algo siempre volitivo del hombre médico en cada uno de sus decisiones, Sus respuestas irán traduciendo la madurez y experiencia adquiridas en su profesión y de su desarrollo existencial como persona.

Pero ésta vocación pura la realiza en el contexto socio económico real de la vida cotidiana, donde entran en juego múltiples factores que influyen en su conducta; en la actualidad el que más está en auge es el marco legal.

Éste tema ha pasado a tener tanta relevancia que es una actitud errónea o de alta necesidad para los médicos no reconocer o aceptar que esa sombra está latente en cada uno de sus gestos.

Deben surgir los derechos del medico en igual dimensión de respeto que tenemos por los derechos del enfermo. Sepa la comunidad que a pesar de todo seguiremos siendo médicos de vocación.

10.ASPECTOS CRÍTICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ACTUALIDAD:

A) La ley 100 ha masificado la atención en salud, ha incidido negativamente en su calidad, por la escasez de recursos, la mala administración, la cargas laborales y el cambio de racionalidad en el sistema, donde se ha pasado de entender la salud como un servicio a constituirse en una mercancía más donde el sector privado ve en la salud un sector mas de inversión, con ánimo de lucro y ganancia, atendiendo mas personas en menos tiempo, desestimulando con cuotas moderadoras, prescribiendo los menores tratamientos, ordenando la menor cantidad de exámenes de laboratorio, dejando de remitir a los pacientes a los especialistas, prescribiendo medicamentos genéricos de menor calidad, pagándole honorarios exiguos a los médicos que los hace vincularse simultáneamente a varias instituciones sin tener una vida digna y en medio de todo ésto está el usuario.

B) Las demandas por responsabilidad médica han aumentado mucho los costos de salud, lo que ha desviado los escasos recursos de salud hacia el sistema legal y los ha alejado de la atención directa del paciente, la investigación y la formación del médico. La cultura del pleito también ha dificultado la distinción entre negligencia y resultados adversos inevitables, lo que produce con frecuencia una determinación aleatoria del nivel de atención. Ésto ha contribuido a la percepción general de que cualquier persona puede demandar por casi cualquier cosa, con la idea de obtener un gran premio. Esta práctica engendra el cinismo y la desconfianza tanto en el sistema médico como en el legal con graves consecuencias para la relación médico-paciente.

C) La distancia existente entre lo que esperan los enfermos y los resultados de los tratamientos es fuentes de resentimientos y reivindicaciones. El temor de que todo ésto siga el modelo Americano, es decir que siga aumentando el numero de reclamaciones, puede convertirse en una obsesión, y sin embargo ésta perspectiva pesimista puede ser evitada mediante un esfuerzo pedagógico ante la sociedad, aunque solo sea para transmitirles el mensaje de que la obligación del médico, en general es una obligación de medios y de que en medicina no siempre se consigue un resultado satisfactorio.

D) En el mundo existe un aumento de la cultura del litigio que afecta de manera negativa la práctica de la medicina y la disponibilidad y calidad de los servicios de salud. Algunas Asociaciones Médicas Nacionales informan sobre una crisis de responsabilidad médica en la que la práctica de pleitos produce un incremento de los costos de salud, lo que restringe el acceso a los servicios de salud y obstaculiza los esfuerzos por mejorar la seguridad del paciente y la calidad. En otros países, las demandas por responsabilidad médica no son tan numerosas, pero las Asociaciones Médicas Nacionales de dichos países deben estar alertas frente a los problemas y consecuencias que puede producir un aumento en la frecuencia y gravedad de las demandas por responsabilidad médica contra los médicos.¹⁷

11.ANEXOS:

ANEXO 1: CUADRO-RESUMEN ESTADÍSTICA GENERAL.

ANEXO 2: CUADRO-RESUMEN ESTADÍSTICA POR ESPECIALIDADES.

¹⁷ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Aspectos Críticos de la Responsabilidad Médica en la Actualidad, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2004.

CONCLUSIONES

1. Como causas que han provocado en el último tiempo la agitación en el ámbito de la responsabilidad médica, se encuentran los avances de la ciencia médica, la relajación de la relación entre el médico y el paciente, los efectos económicos de una expansión excesiva de la litigación y el fenómeno de negligencia médica.
2. Una excesiva proliferación de juicios en materia de responsabilidad médica puede desincentivar algunas especialidades, disminuyéndolas por bajo el nivel óptimo social, generando un aumento del costo de los servicios y de los seguros, la situación existente ha dado lugar a que algunos médicos abandonen definitivamente la profesión y que algunos médicos no se dediquen al ejercicio de ciertas ramas que por naturaleza propia son riesgosas.
3. La obligación principal del médico es calificada como de medios aunque la jurisprudencia tiende a confundir el comportamiento culpable con el error de conducta influyendo en la decisión de hacerlos responsables del incumplimiento de algunos resultados, en muchos casos la jurisprudencia responsabiliza indebidamente al médico por errores inevitables.
4. La evolución de la responsabilidad civil médica en los próximos años, tanto en el exterior como en Colombia tendrá grandes repercusiones económicas, por lo que conviene señalar la importancia del conocimiento y manejo de la jurisprudencia.
5. El avance experimentado por la responsabilidad médica ha significado un incremento en los procesos judiciales seguidos contra médicos.
6. El número de demandas por mala praxis crece en forma pronunciada, especialmente en zonas metropolitanas y el monto de las compensaciones crece en forma proporcional.
7. Las primas por seguros para los médicos crece en forma geométrica y muchas compañías de seguros rehusaran continuar suministrando pólizas de este tipo, debido a las elevadas pérdidas y a la imposibilidad de calcular tarifas adecuadas.
8. La impunidad médica se ha terminado, los métodos paternalistas también, ello no impide considerar que los valores tradicionales de la relación médico-paciente estén tan vigentes como antaño.
9. Se estima que en forma global será demandado un médico por cada dos a través de toda la etapa que abarque el ejercicio de su profesión.
10. La defensa médica se basa en la prevención, la relación médico-paciente y el buen diligenciamiento de la historia clínica, las cuales serán las armas que el médico

esgrimirá en los juicios, estos elementos evitarán el 99% de los casos en contra del ejercicio médico, el 1% restante dependerá del saber médico, de su humildad y de su autocrítica.

11. Los continuos cambios sociales, junto a la evolución del pensamiento y pautas del comportamiento de los individuos, obligan a operar una constante adecuación y acomodación del ordenamiento jurídico a la realidad social en el tiempo actual.
12. La información al paciente por parte del profesional de la medicina es un derecho, a la vez que una obligación de gran importancia.
13. La presentación de demandas no es directamente proporcional a la experiencia profesional, de ahí que la actualización permanente como el mantenimiento de la educación continuada, deben hacer parte del ejercicio profesional.

BIBLIOGRAFÍA

1. CASTAÑO DE RESTREPO, Patricia. El Consentimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica, Bogotá: TEMIS, 1997.
2. CHACÓN PINZÓN, Antonio José. “ Fundamento de Responsabilidad Médica”. En: Perspectiva Iberoamericana del Derecho Médico. Bogotá: Ediciones Jurídicas IBAÑEZ, 2004. P. 222.
3. CORDOBA PALACIO, Ramón. “Consentimiento Informado – Aspectos Éticos”. En: Bioética Fundamental, UPB.
4. GHERSI, Carlos Alberto. Daño, Culpa y el Nexo Causal en la Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud, Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 1993.
5. GIFORD AGUIRRE, Andres. El Médico y su Responsabilidad, Bogotá: TEMIS, 1993. P. 145.
6. GIL BOTERO, Enrique. “La Falla del Servicio Médico y Hospitalario”. En: Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil del Estado. No. 1, Mayo, 1995. P. 23-35.
7. GONZÁLES MORAN, Luis. “Aspectos Probatorios de la Responsabilidad Civil Médica”, En: Derecho Colombiano, Madrid, Vol. 78, No 444, diciembre, 1998. P. 514 – 534.
8. GONZALES MORÁN, Luis. De la Responsabilidad Civil Médica, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1995. P. 347.
9. GUZMÁN MORA, Fernando y otros. La Práctica de la Medicina y la Ley, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1996. p. 441.
10. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La Responsabilidad Civil Médica, la Relación Médico-Paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Universidad Pontificia, Bogotá, 2002. P. 62.
11. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, MARTINEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extra Contractual, 11ª Edición; Bogotá: TEMIS, 2003.

12. MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. "La Importancia y Vigencia de las Leyes de Ética Médica y Odontológica". En: Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud, 1ª Edición. Biblioteca jurídica DIKE, 1993. p. 246.
13. REY FORERO, Eduardo,. Ética y Legislación en la Medicina, Bogotá: Gente Nueva, 2003. P. 211.
14. ROMEO CASABONA, Carlos María. "El Médico Ante el Derecho". En: La Responsabilidad Civil y Penal del Médico. Madrid: Publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990, P.73.
15. SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Aspectos Críticos de la Responsabilidad Médica en la Actualidad, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2004.
16. TAMAYO JARAMILLO, Javier. "Sobre la Prueba de la Culpa Médica". En: Derecho Civil y Administrativo, 1ª Edición, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1995. P. 90 y 92.
17. VASQUEZ FERREIRA, Roberto. Prueba de la Culpa Médica, 1ª edición, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1995.
18. YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica, 6ª Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2004. P.194 –227.