

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL ACTO MÉDICO EN LA
CIRUGÍA PLÁSTICA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 2004 A 2008**

**CARMEN ELENA CASTAÑEDA JIMÉNEZ
CLEMENCIA GIRALDO ORREGO
ELSY ADRIANA SUÁREZ MEZA**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES – OCTUBRE DE 2009**

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL ACTO MÉDICO EN LA
CIRUGÍA PLÁSTICA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 2004 A 2008**

**CARMEN ELENA CASTAÑEDA JIMÉNEZ
CLEMENCIA GIRALDO ORREGO
ADRIANA SUÁREZ MEZA**

**TRABAJO PRESENTADO PARA
OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO
DIRECTOR: Dr. NORBERTO ALZATE LÓPEZ**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES – OCTUBRE DE 2009**

CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	4
2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	6
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
4. OBJETIVOS	16
4.1 OBJETIVO GENERAL	16
4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	16
5. JUSTIFICACIÓN	17
6. MARCO TEÓRICO.....	19
6.1 ACTO MÉDICO	19
6.1.1 Consideraciones Básicas	19
6.1.2 Definición	19
6.2 ACTO MÉDICO DIRECTO	20
6.3 ACTO MÉDICO DOCUMENTAL	21
6.4 ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO	22
6.5 OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO	23
6.6 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ACTO MÉDICO	23
6.7 ETAPAS DE ATENCIÓN POR CIRUGÍA PLÁSTICA.....	24
6.7.1 Evaluación inicial.	24
6.7.2 Valoración Pre Quirúrgica	25
6.7.3 Procedimiento Quirúrgico.....	25
6.7.4 Atención Post quirúrgica	26
6.8 NATURALEZA JURIDICA DE LAS OBLIGACIONES DEL CIRUJANO PLÁSTICO	26
6.8.1 Las obligaciones del cirujano plástico, siempre son de medios o de actividad.....	27
6.8.2 Las obligaciones son de resultado.....	27

6.8.3 La determinación de la tipología de las obligaciones depende de la clase de cirugía: Reconstructiva o estética	28
6.8.4 La definición del tipo de obligación esta subordinada al examen del caso individual.....	29
6.9. Consentimiento Informado	30
6.9.1 Límites del consentimiento informado.....	30
7. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN	32
7.1 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL ACTO MÉDICO EN LA CIRUGÍA PLÁSTICA AÑOS 2004 A 2008.	32
7.1.1 La Responsabilidad Civil.....	32
7.1.2. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual	34
7.1.3 ¿Obligación de medio o de resultado?.....	39
7.1.4 Teoría de la culpa virtual.	44
7.1.5 El Daño.	45
7.1.6. Carga de la Prueba.....	46
7.1.7 Solidaridad.	48
7.1.7.1 Solidaridad en materia contractual.....	48
7.1.8 Análisis comparativo de la aplicación de la carga de la prueba en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado	49
7.1.9 Análisis jurisprudencial.....	51
8. A MANERA DE REFLEXIÓN Y CONCLUSIÓN	91
BIBLIOGRAFÍA	96

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es uno de los tópicos de la ciencia jurídica que más evolución ha presentado en los últimos tiempos; desde luego que es un registro histórico que a nadie puede sorprender, porque guarda plena correspondencia con los dos hechos sociales que obran como factores desencadenantes de dicho desarrollo: identifica en un primer plano la conciencia ciudadana acerca de la existencia de sus derechos y de las tutelas ofrecidas para su protección y, en una segunda perspectiva, la incidencia de la ciencia y la tecnología en la vida del mundo moderno, que consigo ha traído como paradoja, dada la masificación del uso de las fuerzas, mayores riesgos y peligros para la comunidad.

La actividad médica no podía ser extraña a este devenir social, pues, ésta como ninguna otra profesión, al mismo tiempo que se ha socializado, ha sido fuertemente influenciada por la ciencia y la tecnología, que han hecho del acto médico un procedimiento verdaderamente complejo, la mayoría de las veces incomprensible para quienes no son expertos en la respectiva técnica. Esta dimensión social y científica se ha visto reflejada en el campo de la responsabilidad civil del médico, no solo porque los pacientes conscientes de sus derechos, hoy como nunca antes los hacen valer, sino porque la doctrina y la jurisprudencia se han visto compelidas a definir el verdadero alcance de esta especie de responsabilidad profesional, abordando temas como el tipo de responsabilidad, sus elementos, el riesgo profesional, la culpa del médico, la carga de la prueba, el consentimiento informado, la historia clínica y su significado jurídico probatorio, las obligaciones del médico, el secreto profesional, la **Lex Artis**, la información adecuada, los derechos y los deberes del paciente, los eximentes de culpabilidad, la responsabilidad de los centros hospitalarios, la responsabilidad del agente médico, la identificación jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, etc.

Siguiendo la ruta histórica de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que se remonta por más de un siglo, procederemos a analizar los aspectos de mayor consideración teórica en la concepción jurisprudencial elaborada de la mano de la doctrina particular. Para tal cometido utilizaremos un método de consulta cronológica, plegado a las particularidades fácticas que determinaron el concreto pronunciamiento judicial. En este proyecto el lector encontrará en primer lugar unos antecedentes los

cuales nos muestran el origen de la cirugía plástica y su evolución; como objetivo general nos proponemos analizar la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Responsabilidad Civil contractual en el acto médico de la Cirugía Plástica durante los años 2004 a 2008, pero antes nos contextualizaremos en la posición de esta Corte referente a la Responsabilidad Civil Médica.

Nuestro enfoque metodológico será cuantitativo analítico y como fuentes de información utilizaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y estudios que la doctrina ha realizado en torno a este tema.

2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

La Cirugía Plástica es una rama especializada de la cirugía dedicada a la reparación de las deformidades y la corrección de los defectos funcionales.

Las bases de la Cirugía Plástica pueden encontrarse en la historia Antigua y representan el esfuerzo del hombre para tratar las heridas y los defectos infligidos por la naturaleza o por otros seres humanos. El papiro de Ebers (1500 a.c.) muestra que el trasplante de tejidos era practicado por los egipcios en el año 3500 a.c. Los Vedas, libros sagrados de la misma antigüedad, cuentan que tanto los colgajos como los injertos eran conocidos en la India. En el siglo VII a.c. describen unas técnicas para la reconstrucción de la nariz, oreja y labios que se realizaban en la India 2500 años a.c. Era costumbre castigar a los prisioneros de guerra, adúlteros y delincuentes con la mutilación de la nariz. La frecuencia del procedimiento hizo que se desarrollase un ingenioso método de reparar tal pérdida, que con algunas modificaciones, continúa utilizándose en nuestros días.

En la época romana, Celso (25 a.c.) empleó en sus clásicos escritos de medicina, diseños para movilizar tejidos que hoy denominamos colgajos de avance. En aquel tiempo, los dedicados a tan habilidosa actividad eran los koomas o alfareros, quienes poseían el secreto de la manipulación de los tejidos vivos. Con la piel de la frente realizaban un colgajo, que giraban e incorporaban al resto de la nariz existente. Cuando el extremo distal había "pegado" al lecho receptor, seccionaban el pedículo y se devolvía el excedente a su lugar de origen. De la India estos conocimientos se transmitieron a Persia y Arabia y más tarde, a Grecia e Italia. Posteriormente los árabes trajeron los trabajos de Sushruta a Occidente.¹

En la Edad Media, y a pesar del uso continuo de métodos establecidos, la caída del Imperio Romano en el siglo V y la subsiguiente extensión de las tribus bárbaras desafortunadamente detuvieron el desarrollo de la cirugía reconstructiva. El cristianismo tampoco permitió que continuaran los avances en este terreno. En el siglo XIII el Papa Inocente III prohibió específicamente los procedimientos quirúrgicos.

¹ www.plasticayestetica.com/. Médico Cirujano. Ricardo Lancheros. Cirugía Plástica y Estética. Centro Colombiano de Cirugía Plástica. Santafé de Bogotá. Consultado en Mayo de 2008.

En el siglo XIX, ocurre un resurgimiento de esta cirugía, probablemente asociado a los avances en la anestesia (el siglo de los cirujanos). Von Graefe emplea las técnicas de reconstrucción nasal durante las guerras napoleónicas; Dupuytren describe la fibromatosis palmar y clasifica las quemaduras según su profundidad; von Langenbeck desarrolla el tratamiento de la fisura palatina, Sir Astley Cooper realiza el primer injerto cutáneo y sus importantes contribuciones han llegado hasta nuestros días. Es también el momento en que el término "Cirugía Plástica" se populariza y aparece como tal en diversos tratados.

Desde el comienzo surgieron problemas y conflictos relacionados con la cirugía estética que continúan plenamente vigentes, como la dismorfofobia (percepción desfigurada de la propia imagen), que en el caso concreto de la nariz se denominó rinomanía.

La I Guerra Mundial es el punto crucial donde comienza a reconocerse la importancia de lo que hoy consideramos cirugía plástica. El enorme número de pacientes heridos por proyectiles forzó la organización de centros especializados tanto en Europa como en Estados Unidos. De estos centros surgen los "padres" de muchas de las técnicas que actualmente empleamos y del instrumental requerido para ellas. Con la paz y la relativa prosperidad del periodo de entreguerras apareció una nueva rama de la cirugía plástica: la cirugía "estética" o "cosmética".

Con la II Guerra Mundial y sus horrores, amplía el campo de la cirugía plástica enormemente y deja de estar confinada más o menos a la reconstrucción maxilofacial. Tras la Guerra se inicia la publicación del "Plastic and Reconstructive Surgery" en USA y del "British Journal of Plastic Surgery". También se crean las diferentes sociedades de cirugía plástica.

En la segunda mitad del siglo XX la cirugía plástica crece extraordinariamente desarrollando nuevos procedimientos tanto en lo reconstructivo como en lo estético. En la cirugía reconstructiva, uno de los avances más importantes ha sido el nacimiento y perfeccionamiento de la microcirugía. Con la creación de micro-instrumentos, materiales ultra finos de sutura y la fabricación del microscopio quirúrgico binocular en los años 50, la microcirugía revolucionó el campo de la cirugía reparadora. La microcirugía ha ampliado de forma espectacular las posibilidades de reconstrucción con todo tipo de colgajos, el reimplante de miembros amputados o la revascularización de miembros desvitalizados. En 1965 Krizek realizó la primera experimentación con un trasplante libre. El mismo año, en Japón, Tamai y Susumi describieron el primer

reimplante exitoso de un dígito amputado. En 1972 los también japoneses Harii y Ohmori realizaron los primeros colgajos libres en humanos.

En este periodo la cirugía estética experimenta un avance incluso mayor. La seguridad anestésica y quirúrgica, la mejora en el nivel de vida y la importancia creciente de la imagen en nuestra sociedad han contribuido al florecer de esta rama. Actualmente la técnica estética más frecuente es la liposucción, descrita por el dermatólogo italiano Arpad a principios de los 70.

La segunda intervención en frecuencia es el aumento mamario con un número estimado de 25.000 procedimientos anuales. Desde los primeros implantes de gel de silicona de Cronin (1963) las prótesis mamarias han evolucionado muchísimo y actualmente se dispone de una gran variedad de volúmenes, tamaños y formas. Así mismo se han descrito y perfeccionado técnicas de armonización y rejuvenecimiento facial y corporal.

En el momento actual se admite que el campo de actuación de la cirugía plástica corresponde a:

- Quemaduras y sus secuelas.
- Tratamiento quirúrgico de tumores en todas aquellas regiones en las que sea necesaria la reconstrucción mediante plastias o injertos.
- Tratamiento quirúrgico de malformaciones congénitas externas de la región cráneo-cérvico-facial, así como de otras regiones que exijan plastias o injertos.
- Tratamiento quirúrgico de aquellas regiones en las que se requiera reconstrucción de tejidos blandos.
- Cirugía de la mano.
- Cirugía estética.

Es una especialidad “única” en el sentido que abarca todo el cuerpo y no tiene un área anatómica definida. Abarca pues numerosas “subespecialidades”, teniendo cada servicio una cartera de servicios concreta marcada por: las necesidades asistenciales de la población, la existencia o no de otros servicios hospitalarios que traten la patología que se solapa con aspectos que manejan los cirujanos plásticos, el tratamiento o no de grandes quemados.²

² www.plasticayestetica.com/. Médico Cirujano. Ricardo Lancheros. Cirugía Plástica y Estética. Centro Colombiano de Cirugía Plástica. Santafé de Bogotá. Consultado en Mayo de 2008.

La cirugía plástica en Canadá es, después de la que se practica en los Estados Unidos, una de las más prestigiosas y socorridas del mundo. Para los cirujanos plásticos canadienses, su práctica es un arte, y tienen como un deber ofrecer al paciente información rigurosa y cierta sobre los riesgos y los alcances verdaderos de la cirugía planeada, y ejecutar su trabajo con los más altos estándares de seguridad y satisfacción para el paciente.

La Canadian Society of Plastic Surgeons busca implementar los mayores avances tecnológicos y las nuevas técnicas desarrolladas en Canadá y en el mundo para garantizar la excelencia médica en todas las intervenciones de la cirugía plástica en Canadá. Y no sólo eso: también garantizar que los cirujanos plásticos presten un servicio social con intervenciones gratuitas de cirugía correctiva y reconstrucción maxilofacial en países del Tercer Mundo.³

En cierta ocasión, la Junta Médica del Estado de la Florida puso en moratoria las cirugías realizadas con anestesia general y sedación fuerte en consultorios médicos, debido a la alta incidencia de admisiones a hospitales por complicaciones en los procedimientos hechos en consultorios. Junto a otros estados, la Florida ha aprobado legislación regulando las cirugías en consultorios.

En 1940 un grupo pequeño pero selecto de cirujanos plásticos asumieron la tarea de organizar la Sociedad de Cirugía Plástica Latinoamericana; la Sociedad fue constituida en Sao Paulo, Brasil en Julio, 1940.

A continuación presentamos un esbozo de experiencias similares dadas en Colombia, basadas en el Dr. Hernando Castro Romero. El doctor Antonio Vargas Reyes realizó las primeras cirugías de labio y paladar hendidos en el año de 1847, y la primera resección de maxilar superior. El doctor José Vicente Maldonado repitió este procedimiento en Medellín, 18 años más tarde. En el año de 1879, los doctores Juan David Herrera y José Vicente Uribe resecaron por vez primera en Bogotá una mandíbula, por la técnica del Dr. Broca (1842). En esta intervención se realizó la primera transfusión de sangre venosa y viva en el país. Es importante recordar que la primera reconstrucción mandibular de la que se tenga noticia en Colombia nos la relató don José María Cordovez Moure en sus memorias; sucedió en Barbacoas (Nariño) en 1822, inmediatamente después de la batalla en la que el entonces capitán Tomás Cipriano de Mosquera perdió parcialmente el maxilar inferior a causa de una

³ www.plasticayestetica.com/. Médico Cirujano. Ricardo Lancheros. Cirugía Plástica y Estética. Centro Colombiano de Cirugía Plástica. Santafé de Bogotá. Consultado en Mayo de 2008.

herida por arma de fuego, y tuvo que ser reemplazado el segmento faltante con una pieza de oro. Las suturas de piel y mucosa se realizaron con crin de caballo.

Los médicos de la Sociedad de Cirugía de Bogotá, quienes fundaron su agrupación el 22 de julio de 1902, no fueron ajenos a estos nuevos conceptos y principios; su educación de postgrado en escuelas francesas, inglesas y americanas los pusieron en contacto con esta realidad y trajeron al país sus conocimientos convirtiéndose en pioneros y líderes de una nueva forma de enseñar y practicar la medicina en Colombia. Nuevos conceptos de asepsia y antisepsia, manejo de heridas y técnica quirúrgica, permitieron afrontar con mayor seguridad los riesgos de la práctica para que los fracasos iniciales poco a poco se convirtieran en éxitos constantes.⁴

Esta reseña histórica invita a los profesionales de la Medicina especialistas en cirugía plástica y del Derecho a reflexionar acerca de la magnitud e importancia de la responsabilidad civil en el acto médico de la cirugía plástica.

La regulación y el señalamiento de condiciones éticas para el cumplimiento de la misión profesional que se les encomienda a los médicos tiene fuente directa y primaria en la Constitución Política, en cuyo artículo 26, amén de señalarse la libertad de escogencia de profesión u oficio, dejando abierta la compuerta para que el Legislador exija títulos de idoneidad y en aras de una adecuada responsabilidad social, las autoridades competentes deben estar atentas en vigilar el ejercicio de las profesiones, entendiendo por éstas las que demandan la formación académica precisa y de estricto contenido específico, no solo científico sino técnico y humanístico.⁵

Como lo comenta la jurisprudencia, inicialmente los tribunales franceses consideraron que la responsabilidad profesional, y especialmente la de los médicos, se encuadra únicamente en los artículos 1382 al 1383 del Código Civil Francés, equivalentes a las disposiciones del Código Civil Colombiano que empiezan en el artículo 2341 el cual reza "...RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido"; de modo que la

⁴ www.plasticayestetica.com/. Médico Cirujano. Ricardo Lancheros. Cirugía Plástica y Estética. Centro Colombiano de Cirugía Plástica. Santafé de Bogotá. Consultado en Mayo de 2008.

⁵ JARAMILLO, J. Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico – paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2002. p.366

jurisprudencia francesa solo entendía la responsabilidad profesional de los médicos bajo del régimen de responsabilidad civil extracontractual, pues se resistía a asignarle el régimen propio de los contratos en consideración a los contenidos humanísticos y éticos del acto médico.

Posteriormente, influenciados por la doctrina del momento (Lalou, Mazeaud y Savatier), los Tribunales abandonaron su rígida posición y admitieron que la responsabilidad de los profesionales de la medicina podía ser contractual o extracontractual según el caso. Esta orientación quedó perfectamente clarificada en la jurisprudencia colombiana desde la sentencia del 5 de marzo de 1940, aunque desde la sentencia del 30 de octubre de 1915 la Corte Suprema de Justicia ya había examinado la responsabilidad médica bajo el esquema del contrato de prestación de servicios en arrendamiento, aplicándole a éste el régimen tanto del mandato, como el arrendamiento de servicios inmateriales.

La Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias, como en la proferida el 14 de octubre de 1959 afirmó como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era aplicable el art. 2356 del Código Civil cuyo tenor es “...RESPONSABILIDAD POR MALICIA O NEGLIGENCIA. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”. Por tratarse de actividades peligrosas. En sentencia del 14 de marzo de 1942, se había orientado la decisión por el criterio de la presunción de culpa.⁶

El Consejo de Estado aplicó, desde 1992 hasta el año 2001, un principio general de culpa o falla presunta en la responsabilidad médica del Estado.

⁶ www.plasticayestetica.com/. Médico Cirujano. Ricardo Lancheros. Cirugía Plástica y Estética. Centro Colombiano de Cirugía Plástica. Santafé de Bogotá. Consultado en Mayo de 2008.

Desde el año 2001 esta posición cambió, y en lugar de la presunción, se aplica el principio de las cargas dinámicas de las pruebas.⁷

Hay que observar, a manera de explícito reconocimiento, que la ciencia médica ha progresado notablemente en las últimas décadas, como lo demuestran los avances logrados en todas las especialidades, en pro de la humanidad, y desde luego en la entronización de numerosas técnicas altamente sofisticadas, como la incorporación de prótesis, de válvulas, los trasplantes de órganos, la adecuación de órganos artificiales, la inseminación clínica, los procedimientos no invasivos, etc.

Con respecto a la cirugía plástica y a la cirugía estética, tema en el cual hemos querido ahondar nuestros estudios, es innegable, lo evidencian por doquier los hechos, que la cirugía plástica, así como la estética propiamente dicha, día tras día se expande más en toda la geografía planetaria como muestra su vigencia en la comunidad en general y la respuesta positiva dada por ella. Empero, hay que registrarlo, ello no siempre fue así, según lo constata la historia médica, la religiosa y la jurídica.

A este respecto, escribe el doctrinante ibérico Royo Villanova: "Al principio, aún no hace muchos años, el cirujano que aplicaba sus conocimientos, su ciencia, su arte, su destreza y habilidad operatoria con la equívoca finalidad de embellecer o reparar los defectos físicos que no eran propiamente morbosos, de corregir los agravios de la naturaleza, la fealdad o las apariencias un tanto desagradables o no bien vistas, de disimular los rasgos físicos de la vejez y de la decrepitud, no hacía más que ganarse el enojo de los sabios, de los científicos, de los técnicos, de los juristas, de los moralistas, de los compañeros de otras ramas del arte y de la ciencia de curar. La cirugía estética gozaba de mala reputación de entre las gentes que gozaban de alguna moralidad, aunque su intrínseca calidad moral fuera mediana y aun menor. El médico que la practicaba era considerado por sus colegas y también por el gran público, principalmente por el público culto, con cierto aire de desprecio y en el mejor de los casos como si ejerciera una actividad facultativa inferior, de baja estofa".⁸

⁷ TAMAYO, Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Segunda Edición. 2007. Legis. Bogotá. P 1069.

⁸ www.plasticayestetica.com/. Médico Cirujano. Ricardo Lancheros. Cirugía Plástica y Estética. Centro Colombiano de Cirugía Plástica. Santafé de Bogotá. Consultado en Mayo de 2008.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Cirugía Plástica como especialidad médica presenta características especiales que la diferencian en cuanto a los problemas de responsabilidad frente a las otras. De ellas se resaltan las condiciones de seguridad para el paciente durante el procedimiento y el consentimiento informado.

La Cirugía Plástica es una especialización quirúrgica que actúa con dos objetivos diferentes: El primero destinado a la reconstrucción de órganos y tejidos lesionados o disfuncionales y el segundo al mejoramiento estético de las personas. Este último presenta una gran particularidad, pues, en general, se realiza sobre personas que no presentan una patología orgánica, sino una necesidad psicológica de adecuarse a los parámetros de belleza que estén vigentes en la sociedad donde vive o que solicita el interesado. Esto puede significar que quien decide realizarse un procedimiento quirúrgico estético, se somete a un riesgo innecesario desde el punto de vista de su salud física, buscando una satisfacción psicológica subjetiva.

La propuesta en este caso de la necesidad de una intervención proviene solo del paciente, siendo el cirujano plástico quien ofrece su arte y tecnología para realizarlo, advirtiéndole sobre los riesgos que debe asumir en cada una de las alternativas técnicas planteadas. Sin embargo, las inclinaciones mercantilistas que ha tenido la medicina llevan a que los mismos médicos generen las expectativas necesarias para que la sociedad solicite estos servicios. Lo opuesto ocurre con la atención reconstructiva donde existe una necesidad física o de salud para el procedimiento que, aunque también implica riesgos, estos tienen una justificación objetiva de beneficio, por lo que generalmente el paciente los acepta y tolera mejor en caso de que se expresen.⁹

Como se referenció anteriormente, cuando una persona solicita un procedimiento con objetivos meramente estéticos, se presenta un cambio en el compromiso habitual de servicios del cirujano plástico como médico. En este caso el profesional no se compromete a curar o aliviar una enfermedad, sino a cambiar el estado natural de un órgano con fines estéticos a solicitud del paciente.

⁹ REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

Es decir, ofrece un servicio médico suntuoso, que busca satisfacer una expectativa subjetiva del paciente y que no está exento de riesgos. Todo este entorno induce a una doctrina jurídica mucho más exigente con los cirujanos plásticos, tanto que se ha llegado a exigirles la responsabilidad de resultado en algunos países.

La Corte Suprema de Justicia en Colombia se ha pronunciado en cuanto a responsabilidad de resultado en los cirujanos plásticos, cuando aseguran o promocionan resultados al paciente. Esto significa que la tendencia a incitar al paciente a realizarse procedimientos como cualquier artículo de consumo, asegurándole logros específicos, puede involucrar al cirujano plástico en una responsabilidad de resultado.¹⁰

Ofrecer condiciones de seguridad se refiere a las medidas de seguridad para el paciente, teniendo en cuenta que la atención médica es un evento que implica riesgos para él. Se debe tomar todas las medidas necesarias para evitarlos, tal como se hace en otras situaciones riesgosas pero donde los beneficios justifican los riesgos. Los daños originados por los servicios de salud a los pacientes en general tienen cuatro causas principales:

- Las fallas institucionales o del sistema establecido para ofrecer las condiciones de atención que son la mayoría.
- Los riesgos propios de los procedimientos, terapias farmacológicas y uso de la tecnología.
- Los errores médicos.
- La insatisfacción con los resultados.

Es innegable que por las intervenciones médicas se presentan en alto grado daños no esperados a los pacientes, sea en países no desarrollados o en los países desarrollados. En cirugía plástica son conocidos los reportes de fallas médicas, comparados con otros tipos de cirugía opcional (19 x 100.000 de cirugía plástica frente a 1 x 100.000 de otras cirugías programadas). Hay reportes en Estados Unidos de una muerte por cada 5.224 operaciones en cirugía plástica. Si se compara con la tasa de muertes por accidentes automovilísticos de 16 x 100.000, podemos darnos una idea de los riesgos que corre el paciente en estos procedimientos especialmente la liposucción.¹¹

Dentro de las diferentes especialidades médicas, en la experiencia se encuentra la cirugía plástica en un sexto lugar en frecuencia de demandas,

¹⁰ REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

¹¹ REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

siendo la segunda sub-especialidad más demandada después de la oftalmología. Sin embargo, en el ámbito de riesgo específico de demanda se ubica en tercer lugar, después de neurocirugía y obstetricia. La espectacularidad con que han presentado los medios de comunicación la información sobre casos específicos, ha alertado a la población respecto a ser muy exigentes con los procedimientos estéticos que resulten en daños. Esta situación puede incidir en un aumento en el futuro cercano en el número de demandas en esta especialidad.¹²

De acuerdo con la problemática descrita, se plantea la siguiente pregunta para efectos del estudio, **¿Cuál ha sido el criterio y la interpretación adoptado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la legislación sobre la responsabilidad civil contractual en el acto médico de la cirugía plástica en los fallos proferidos durante los años 2004 a 2008?**

¹² REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar el criterio y la interpretación adoptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la legislación sobre la responsabilidad civil contractual en el acto médico de la cirugía plástica en los fallos proferidos durante los años 2004 a 2008.

4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

Estudiar la Jurisprudencia sobre la responsabilidad civil contractual en el acto médico de la cirugía plástica, considerando como periodo de estudio el comprendido entre los años 2004 a 2008, luego de analizarlas brevemente, lograr identificar las sentencias de mayor relevancia en este tema y que hayan marcado la pauta sobre la responsabilidad civil contractual en el acto médico de la cirugía plástica.

Examinar la doctrina referente al tema de estudio en nuestro país, para luego, basados en ésta hacer una especie de reseña histórica de la legislación y la jurisprudencia colombiana en torno a la responsabilidad civil del cirujano plástico.

Establecer reflexiones sobre los elementos de la naturaleza jurídica de las diferentes obligaciones civiles del cirujano plástico y determinar cuál es el criterio adoptado por el alto tribunal sobre el tema objeto de estudio.

5. JUSTIFICACIÓN

Los antecedentes y la descripción de la práctica de la cirugía plástica a nivel nacional e internacional elaborados para este proceso investigativo, dan elementos de juicio para considerar que se trata de un problema que compete tanto a la disciplina de dicha especialidad, como al campo de las ciencias jurídicas por la responsabilidad civil que implica el acto médico en dicha práctica.

De estos elementos se deduce la importancia de adelantar procesos investigativos tendientes a integrar las disciplinas de la Cirugía Plástica y las Ciencias Jurídicas, en el estudio y análisis de dicha realidad, lo cual es más significativo cuando se tiene conocimiento de que Manizales es un mercado competitivo en la especialidad de la cirugía plástica-estética, básicamente por dos razones: La alta calidad de los servicios, y los bajos precios comparativos, ahora complementados con facilidades de pago y acceso al crédito.

Nuestra práctica investigativa puede considerarse novedosa por el hecho de integrar estas dos disciplinas en torno a este acto médico, que amerita adelantar procesos de intervención investigativa que propendan por el conocimiento de su realidad, la cual ha de referirse a las implicaciones jurídicas que puedan generarse del mismo.

La utilidad está determinada por la utilización de los resultados de este trabajo de grado por los profesionales que en razón de su formación académica, acceden a la prestación de servicios médicos y/o jurídicos en el campo de la Cirugía Plástica. Además, pueden beneficiarse también los estudiantes de la especialidad de cirugía plástica como de Derecho y aquellas instituciones judiciales que en razón de su misión institucional están comprometidas en atender las demandas causadas por fallas en la atención médica en estos procedimientos.

Teniendo en cuenta la revisión documental y jurisprudencial que requiere desarrollarse, ésta ha de ser lo suficientemente amplia, argumentada y actualizada, de tal forma que contribuya a la construcción de conocimiento en el campo de la responsabilidad civil médica aplicada en la práctica de la cirugía plástica-estética.

6. MARCO TEÓRICO

6.1 ACTO MÉDICO

6.1.1 Consideraciones Básicas. La relación médico-paciente, esencia del ejercicio de la medicina, se produce cada vez que un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad, que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.¹³

Como lo expresa la Ley 23 de 1981(Título I, Capítulo I, Artículo 4):

“... La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico...”.

De acuerdo con dicha ley, la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos:

- Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
- Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
- Por solicitud de terceras personas.
- Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.¹⁴

6.1.2 Definición. Acto médico en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre las personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivado por una alteración en su salud en busca del profesional, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presenta.¹⁵

¹³ GUZMAN, Mora Fernando. FRANCO, Delgadillo Hernando. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Tomo II. Editorial Biblioteca Jurídica.2004. p.293

¹⁴ Ley 23 de 1981. Título II. Capítulo I. Artículo 5.

¹⁵ GUZMAN, Mora Fernando. FRANCO, Delgadillo Hernando. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Tomo II. Editorial Biblioteca Jurídica.2004. p.293

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

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

Cuatro características principales distinguen al acto médico:

- La profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico.
- La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada “*Lex Artis ad hoc*”; sujeta a las normas de excelencia de ese momento.
- Tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo, y
- La licitud, en concordancia con las normas legales.

6.2 ACTO MÉDICO DIRECTO

Se llaman actos médicos directos aquellos en los cuales la intervención médica trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

- **La prevención** hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos.
- **Diagnóstico** es la opinión del médico, obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.
- **La terapéutica** se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.
- **La rehabilitación** es un conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

No nos referimos a los actos médicos indirectos, ni a los denominados extracorpóreos (investigación, experimentación, autopsia, etc), los cuales requieren para su análisis otro espacio concreto.¹⁶

6.3 ACTO MÉDICO DOCUMENTAL

Es en realidad complementario de actos anteriores y su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier declaración o proceso. En este grupo se incluye el certificado médico, la receta o fórmula médica y la historia clínica.

La historia clínica tiene importancia desde varios puntos de vista:

- Docente
- Investigativo
- Social
- Control de calidad
- Administrativo
- Médico legal

En este último aspecto se plasman hechos como la justificación de los procedimientos, los exámenes practicados (clínicos y de laboratorio), la responsabilidad tanto de pacientes como de médicos que intervengan en su tratamiento y en general todas las pruebas escritas de las formas de tratamiento y su respuesta individual en cada enfermo.

La historia clínica pertenece a la esfera de información íntima del paciente y del secreto profesional del médico, por lo cual debe ceñirse a la más alta calidad ética-científica¹⁷

¹⁶ GUZMAN, Mora Fernando. FRANCO, Delgadillo Hernando. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Tomo II. Editorial Biblioteca Jurídica.2004. p.293

¹⁷ GUZMAN, Mora Fernando. FRANCO, Delgadillo Hernando. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Tomo II. Editorial Biblioteca Jurídica.2004. p.294 y 295.

6.4 ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO

Cuando el profesional actúa como médico, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es, pues, el acto médico una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. Aunque no la única fuente, como se verá.

Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los médicos efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo), que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que respetar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Estos derechos han sido reconocidos previamente por ley como derechos subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido).

Jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un derecho subjetivo. El primero de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente “toda persona tiene derecho a la vida” puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios o contra el médico por cuya culpa alguien falleció.

Todo acto médico desde esta perspectiva es un acto jurídico; lo que equivale a decir, que de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del derecho¹⁸

¹⁸ GUZMAN, Mora Fernando. FRANCO, Delgadillo Hernando. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Tomo II. Editorial Biblioteca Jurídica.2004. p. 296 -297

6.5 OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO

En opinión generalizada de los tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

- Secreto profesional
- Información adecuada y consentimiento.
- Obligación de conocimiento.
- Obligación de diligencia y técnica.¹⁹

6.6 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ACTO MÉDICO

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

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

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

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

¹⁹ GUZMAN, Mora Fernando. FRANCO, Delgadillo Hernando. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Tomo II. Editorial Biblioteca Jurídica.2004. p.300

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

Una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber causado un daño a otra se halle obligada a repararlo. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de la relación de hecho que existe entre quien causó el daño y quien lo sufrió, de lo cual surgen las obligaciones de reparar el daño y el derecho a exigir tal indemnización.

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

6.7 ETAPAS DE ATENCIÓN POR CIRUGÍA PLÁSTICA

Dentro del proceso de la cirugía plástica existen diferentes etapas que deben considerarse de gran importancia para llevar a cabo y de forma eficaz la totalidad de tal procedimiento, ellas son: Evaluación inicial, valoración pre quirúrgica, procedimiento quirúrgico y atención post quirúrgica.

6.7.1 Evaluación inicial. En esta fase se debe buscar en el paciente la existencia de factores de riesgo para las complicaciones reconocidas del procedimiento a realizar y revisar que no haya contraindicación para la cirugía, lo que se logra solo con una juiciosa y constatada evaluación médica inicial, puesto que los riesgos no se pueden prever solo con una revisión desde el punto de vista de cirugía plástica.

Reconocer la capacidad del paciente para entender la información que se le da, especialmente de los riesgos previstos a que se va a someter y si capta la importancia de su decisión, asumiendo las consecuencias de éstos.

Evaluación emocional del paciente, pues es frecuente que acudan a estos especialistas personas con labilidad emocional, intolerantes a resultados que no llenen sus expectativas y generalmente poco colaboradores. A éstos la recomendación es no arriesgarse en procedimientos que auguran una difícil relación médico paciente, puesto que generalmente desemboca en una demanda o una complicación.²⁰

También revisar el verdadero interés en el procedimiento, especialmente su origen. Si es del paciente o de otra persona allegada, pues mínimo el cirujano plástico se sometería a lograr satisfacción a dos personas y por ende a riesgos de demanda.

Utilizar los elementos técnicos de fotografía y computación si es necesario para enseñar al paciente los resultados esperados y compararlos con las expectativas del paciente, de tal forma que ambos médico y paciente coincidan en los resultados que se buscan.

Por último, autoevaluarse éticamente si se tiene la experiencia, condiciones de apoyo y juicio artístico para lograr el deseo del paciente. Ante la menor duda es preferible no arriesgarse, pues sometería al paciente a la posibilidad de un daño a sabiendas de que por alguna razón existe un riesgo más alto del esperado.

6.7.2 Valoración Pre Quirúrgica: En esta fase se consideran los aspectos de seguridad del paciente. Determinar si no presenta patologías que incrementen el riesgo quirúrgico, mediante un cuidadoso examen clínico. De acuerdo a esta valoración, solicitar los exámenes que el médico considere suficientes y necesarios, como una valoración pre anestésica anterior al día del procedimiento e inmediatamente previo a éste. Asegurarse que la institución donde se realizará el procedimiento posee el nivel tecnológico adecuado a la intervención y cumple con los requisitos legales y de calidad, obligatorios que ofrezcan seguridad y bienestar al paciente.²¹

6.7.3 Procedimiento Quirúrgico: La realización del procedimiento solo debe ocurrir si se ha cumplido con todas las medidas de seguridad con el paciente. Es recomendable no realizar procedimientos simultáneos que prolonguen los tiempos quirúrgicos y anestésicos, puesto que es un factor muy relacionado con la presentación de complicaciones tanto para el cirujano como para el

²⁰ REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

²¹ REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

anestesiólogo. Se debe contar con un equipo quirúrgico completo, integrado mínimo por un ayudante médico, instrumentadora, anestesiólogo y circulante. Asegurarse de que la técnica utilizada para el procedimiento está vigente frente al conocimiento científico y es la más segura frente a los riesgos entre las alternativas existentes. Los elementos a utilizar deben estar ajustados a las medidas de bioseguridad y antisepsia adecuados, las prótesis adecuadas para su utilización y tecnología vigente para el procedimiento. Tanto el anestesiólogo como el cirujano deben hacer un completo registro del procedimiento en la historia clínica, puesto que cualquier complicación originada durante su realización, requiere de la mayor sustentación documentada para obtener la exoneración de los profesionales.

6.7.4 Atención Post quirúrgica. Para los cirujanos plásticos el manejo post operatorio es esencial para lograr las metas propuestas. En recuperación se debe asegurar que el paciente recibirá una atención y vigilancia estricta por personal entrenado y equipo de monitoreo idóneo mientras se le da de alta en este servicio, responsabilidad compartida con el anestesiólogo.

La orden de salida debe asegurar las recomendaciones específicas sobre el cuidado que debe tener el paciente respecto al manejo de su cirugía, las drogas recetadas bien claras con sus horarios y dosis, prohibiciones, signos de alarma y controles post operatorios. Esto debe quedar registrado en la historia y al paciente se le debe dar una fórmula o nota legible para su lectura.²²

El seguimiento ambulatorio debe continuar hasta que se considere dado de alta respecto a la no presentación de complicaciones del tratamiento. En caso de que el paciente manifieste alguna inconformidad se debe ser muy diligente en descartar las complicaciones posibles e informar adecuadamente al paciente respecto a su incomodidad. No mostrar nunca negligencia durante esta fase.²³

6.8 NATURALEZA JURIDICA DE LAS OBLIGACIONES DEL CIRUJANO PLÁSTICO

Ubicados en el tópico específico de los supuestos controvertidos: Obligaciones de medio y obligaciones de resultado, anotemos, que en el derecho comparado, en esencia, militan cuatro posiciones sustantivas, encaminadas a establecer si las obligaciones que recaen sobre los cirujanos plásticos, efectivamente son de

²² REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

²³ REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

medio, o por el contrario son de resultado, como lo predica un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia, con algunos matices, conforme se apreciará.²⁴ Dichas teorías son las siguientes:

6.8.1 Las obligaciones del cirujano plástico, siempre son de medios o de actividad. Se dice que siempre o generalmente son de actividad o de medios, en atención a que al cirujano plástico debe exigírsele el mismo comportamiento que a los demás profesionales de la medicina, cirugía igualmente signada por la aleatoriedad del desenlace nota prototípica que estereotipa a todas y cada una de las especialidades médicas a la que de ninguna manera es ajena la cirugía plástica, así sea cierto que buena parte de los pacientes acuden a los galenos esperanzados en obtener un determinado resultado. Por consiguiente la pervivencia del alea en cuestión predicable de la disciplina médica, en general y en particular de la cirugía plástica, impide que se pueda considerar que la obligación galénica es de resultado, comoquiera que, en sana lógica, invariablemente será de medios, según lo pregonan sus defensores no muy numerosos.

6.8.2 Las obligaciones son de resultado. Por el contrario, se afirma que son obligaciones de resultado, en atención a que si éste finalmente no se obtiene, luce evidente, en sede contractual, que el médico no cumplió a cabalidad con su prestación basilar, consistente en materializar o en hacer tangible lo ofrecido, generándose como mínimo una frustración en el paciente (hecho dañoso) y por lo tanto, obligándose la responsabilidad civil del profesional. Es pues el incumplimiento defectuoso del carácter prestacional a cargo del facultativo, lisa y llanamente el fundamento capital en el que descansa su responsabilidad, para lo cual deberá acreditarse, como corresponde, que el resultado perseguido no se consiguió.²⁵

Esta tesis, importa manifestarlo, es la más acogida por la doctrina, como por la jurisprudencia, sin perjuicio de algunas precisiones o puntualizaciones de ciertos doctrinantes que no alteran el basamento y precitada conclusión. En el campo jurisprudencial, como se indicó, la tesis en estudio ha tenido acogida.

En España, por vía de ilustración, el Tribunal Supremo recordando reiterada jurisprudencia, recientemente anotó que la regla sigue siendo que el médico

²⁴ JARAMILLO, J., Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico – paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2002. p.366

²⁵ *Ibíd.* p.369

tiene a su cargo una obligación de medios. Pero que "...distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía", caso en el cual la obligación es de otro tipo: De resultado.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 5 de Marzo de 1940, enfatizó que puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica con fines estéticos.

Sin embargo, hay que reseñar que en providencia de 26 de Noviembre de 1986, en forma menos radical, la Corte Suprema de Justicia se orientó en un sentido diferente.

6.8.3 La determinación de la tipología de las obligaciones depende de la clase de cirugía: Reconstructiva o estética. Dependiendo del tipo de cirugía plástica practicada, se suele precisar que el régimen obligacional tiende a variar, de suerte que, a priori, resulta inexacto inclinarse por el surgimiento de una u otra obligación, sin que previamente, para ello, se ausculte la teleología del acto médico, contrastado, con el interés del paciente.²⁶

Es así como acudiendo a una extendida bipartición, se tiene establecido que la cirugía plástica, en rigor médico, amerita ser dividida o ramificada, con arreglo a dos específicas categorías, así: La cirugía reparadora y la meramente estética, de aparición más reciente.

La primera de ellas, como su nombre lo denota, se caracteriza por su inequívoco y demarcado rol sanitario, vale decir porque persigue corregir o morigerar, según sea el caso, concretos defectos del ser humano, ora congénitos, ora adquiridos anteriormente (malformaciones, quemaduras, amputaciones, etc).

La segunda, por su parte, tiene como fin esencial, así no sea exclusivo, el embellecimiento, el mejoramiento estético de la persona, al punto que en algunos círculos especializados, igualmente se reconoce a través de las llamativas expresiones: Cirugía cosmética, perfectiva, retocadora, estructural,

²⁶ JARAMILLO, J., Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico – paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2002. p.374

artística, de la belleza, decorativa, galante, de fantasía y del equilibrio psíquico, toda vez que en sentido estricto, no está enderezada a satisfacer necesidades apremiantes, vitales o terapéuticas-inmediatas, o de acentuada urgencia, de índole puramente curativa.

6.8.4 La definición del tipo de obligación esta subordinada al examen del caso individual. En esta tesis, que inicialmente no se contrapone con la anterior por estimar útil de referida escisión, hay de por medio una invitación a la no generalización, a la no radicalización dogmática, no siempre saludable, ni fecunda, menos cuando se trata de administrar justicia. Sabido es que el Juez, a más de probo, debe ser desapasionado, equilibrado y ponderado en sus análisis, debiendo atender, para el efecto, el dictado o mensaje que emana del caso particular.²⁷

A nuestro juicio, si bien es cierto existen vasos comunicantes de insoslayable valía entre las obligaciones que asume un cirujano ordinario y un cirujano plástico en la modalidad puramente estética, concretamente las que atañen a la atención esmerada, diligente y oportuna a su paciente, a la vez que acorde con los avances imperantes en la ciencia médica, por regla general no son idénticas sin perjuicio, de respetar un criterio divergente.

Y no lo son, en realidad habida cuenta de que el asentimiento otorgado por el paciente es calificado, vale decir que es caracterizado por su deseo de obtener un tangible resultado corporal, a punto de que si dicho opus no es de alguna forma garantizado por el especialista, de plano se hubiera abstenido de contratar los servicios médicos pertinentes. En este tipo de cirugías la intervención del médico solo está justificada por la finalidad perseguida de lograr un efecto valorable desde el punto de vista estético. Ello supone que el médico ha pronosticado al cliente ese resultado, pues no otro es el objeto del consentimiento que éste ha prestado.

Importa anotar que en esta clase de intervenciones, ocupa un papel protagónico el deber de información a cargo del médico cirujano, quien en desarrollo del postulado de la buena fe objetiva –lealtad-, deberá pormenorizada y fidedignamente indicarle al paciente los riesgos, y sobre todo, el pronóstico de la cirugía recomendada; y deberá hacerlo con mayor celo y rigor precisamente

²⁷ JARAMILLO, J., Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico – paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2002. p.382

por tratarse de un procedimiento quirúrgico encaminado al embellecimiento del paciente, a diferencia del meramente curativo, terapéutico o reparador.²⁸

6.9. Consentimiento Informado. En Medicina, el **consentimiento informado** es el procedimiento médico formal cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente. Debe reunir al menos tres requisitos que son:

- **Voluntariedad:** Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir.
- **Información:** Debe ser comprensible y debe incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la posibilidad de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos.
- **Comprensión:** Es la capacidad de comprender qué tiene el paciente que recibe la información.

6.9.1 Límites del consentimiento informado

El paciente tiene derecho a no ser informado si así lo expresa previamente:

- En caso de riesgo para la salud pública, se admite la ausencia del consentimiento informado para el internamiento, cuarentena u hospitalización del paciente.
- En caso de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente, el consentimiento puede obviarse.
- En caso de pacientes menores de edad o de incapacidad del paciente legalmente reconocida, física o mental, se admite que el consentimiento informado sea pedido a su representante legal, que será generalmente el familiar más próximo. En caso de riesgo grave para la salud pública o la vida del paciente el consentimiento del representante legal sólo se tendrá en cuenta.
- El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.²⁹

²⁸ MASSON. Cirugía plástica, Reconstructiva y estética. Barcelona.1994. p 102 y ss.

²⁹ www.Wikipedia.org.Consentimiento informado

El consentimiento, entendido como el encuentro de voluntades exteriorizadas por las partes contratantes, sólo alude a la etapa de formación negocial, al paso que lo que se quiere significar con la expresión “Consentimiento informado”, va más allá, dado que se aplica y desdobra durante la misma ejecución del negocio. Por ello, con razón se ha propuesto sustituir tal giro por el de “voluntad del paciente” o el de “asentimiento informado”.

7. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

7.1 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL ACTO MÉDICO EN LA CIRUGÍA PLÁSTICA AÑOS 2004 A 2008.

Antes de iniciar con el desarrollo de la temática, el análisis de la jurisprudencia sobre la responsabilidad civil contractual del acto médico en la cirugía plástica años 2004 a 2008, consideramos que es necesario hacer un breve desarrollo sobre la teoría de la responsabilidad civil y la responsabilidad civil médica, para luego entrar en detalle sobre la jurisprudencia y doctrina de este mismo tema.

7.1.1 La Responsabilidad Civil. Tal como lo expresa el doctor Javier Tamayo Jaramillo la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños que, con esa conducta ilícita, ha producido a terceros. La responsabilidad civil da cumplimiento a la idea de que todo riesgo debe tener un garante y todo daño un responsable, en razón de lo cual, el deudor se hace responsable frente al afectado, del debido resarcimiento, lo que se fundamenta en el artículo 2341 del Código Civil, en el que se expresa: "...El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización". La obligación del resarcimiento del daño tiene lugar con independencia de que el daño haya sido causado de forma voluntaria, por negligencia o por omisión, pues la ley únicamente exige que se haya producido daño en un sujeto como consecuencia del actuar de otra persona.³⁰

Entrando en materia médica, el artículo 5 de la ley 23 de 1981, establece que la relación médico-paciente puede presentarse por decisión voluntaria de ambas partes, por acción unilateral del médico en caso de emergencia, por solicitud de terceras personas o por haber adquirido el médico el compromiso de atender a las personas que están a cargo de una entidad privada o pública y, si en cualquiera de estos casos se presenta, para el paciente, afectación de un bien protegido por la ley, surge el tema de la responsabilidad civil médica. La responsabilidad civil médica busca la reparación del perjuicio ocasionado al paciente, transfiriéndose de esta forma el peso del daño a un sujeto distinto del

³⁰TAMAYO, Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 1999, Tomo I. P. 12

perjudicado, es decir, a aquel que lo cometió, tema que tiene igual sustento jurídico que la responsabilidad civil en general.

Sin embargo, resulta útil aclarar que no en todos los casos en los que se presente algún tipo de afectación para el paciente, habrá lugar a indemnización de perjuicios, pues para que ésta tenga lugar, los perjuicios debieron haberse producido por la ocurrencia de una conducta, la cual puede ser una acción o una abstención de un comportamiento que podía y debía ser llevado a cabo, porque para el ejercicio de ésta profesión se da la obligación de tener ciertos conocimientos teóricos respecto a la actividad, y más aún, de llevarlos a cabo, ya que cuando el médico, por medio de una relación contractual o extracontractual, atiende a un paciente, no se está comprometiendo a curarlo, sino, a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de marzo de 1942 manifestó:

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

Por consiguiente, la reparación correrá a cargo de una persona sólo cuando legalmente pueda considerarse que es culpable, ya que a nadie puede reclamarse por los actos que cometa sin culpabilidad, y el galeno únicamente será culpable si el daño en el paciente se produjo porque el médico no realizó su actividad de acuerdo con las directrices comprendidas en las normas ético-médicas, con las técnicas señaladas por la práctica médica o por actuar con culpa o negligencia, pues tal como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 2 de junio de 1958:

"...hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar... De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada

persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones...

7.1.2. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual

- **Relación Contractual.** La responsabilidad civil contractual tiene lugar cuando, existiendo entre dos o más personas una relación jurídica surgida de la manifestación de voluntad, se produce un daño, el cual se fundamenta en razón del incumplimiento de las obligaciones surgidas en aquella. El contrato debe cimentarse sobre un objeto lícito que tenga causa lícita, requiriéndose que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato, el cual puede ser puro y simple, moroso o defectuoso.

En el campo médico pueden darse y de hecho se dan relaciones contractuales, en consecuencia resulta útil determinar las características con las que cuenta el contrato médico, a saber:

- a. Es un contrato intuitu personae, lo que significa que un acto de confianza para las dos partes, principalmente para el paciente que elige al médico.
- b. Es un contrato rescindible a instancia de cualquiera de las partes.
- c. Algunas veces es de tracto sucesivo, como acontece cuando se tiene por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo.
- d. El contrato puede ser gratuito u oneroso, dependiendo de que se pacte o no remuneración, cuando es oneroso, el galeno se compromete a poner sus conocimientos y diligencia en el tratamiento requerido por el paciente, y este último se compromete a remunerar los servicios prestados, siendo esta obligación de resultado.

El contrato médico, útil resulta precisarlo, es naturalmente oneroso, y no esencialmente oneroso, por cuanto puede mudar de caracterización, conforme a las circunstancias, sin que indefectiblemente se altere la estructura del negocio jurídico, según tiene lugar, por vía de ejemplo, en tratándose del arrendamiento de una cosa, cuando el uso de la misma se concede en forma gratuita. En tal caso, la existencia de la gratuidad en mención será determinante, pues si ella media el contrato será un comodato, mientras que si campea la onerosidad

prestacional será un arrendamiento – o locación- de cosas. El viraje pues es radical.

Hay casos concretos en los que el médico, al realizar el acto médico, no recibe nada a cambio, en el plano material (honorarios), en la medida en que el beneficiado, está liberado de cumplir determinada prestación. De ahí que se le considere gratuito, porque será de este temperamento el contrato, "... cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes". Según el artículo 1497 del Código Civil Colombiano el cual dispone: "...CONTRATO GRATUITO Y ONEROSO. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

Jurídicamente, en esos eventos podrá admitirse que el médico realiza una donación –o un acto gratuito- en beneficio de su paciente, bien por los meritos o atributos de éste como cuando se atiende a un personaje de la vida nacional, o bien cuando sin distinguir realiza el acto benéfico, cuando el profesional se enrola en campañas sanitarias de caridad. De igual modo podría materializarse la llamada donación remuneratoria, esto es la donación que hunde sus raíces en el retribuir de alguna manera servicios recibidos con anterioridad por el médico, como lo dice el profesor LLAMAS POMBO por "...gratuidad por otro servicio que se le ha prestado". Así como lo dispone el Art. 1490 del Código Civil "...DONACIONES REMUNERATORIAS. Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse".

También se proscribe el cobro de honorarios, en muchas ocasiones, la prestación de los servicios del profesional a sus familiares y colegas. 31

- e. El contrato no requiere ningún tipo de formalidad, pues es consensual.

³¹ JARAMILLO J. Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. La Relación Médico-paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2008. p 168.

Por unanimidad en el derecho comparado, se ha dicho que la responsabilidad contractual del médico solo se compromete cuando el demandado prueba la culpa del profesional, sin embargo, teniendo en cuenta que en Colombia no existe ninguna norma que regule de forma expresa el contrato de servicio médico, se ha acudido al artículo 1604 de Código Civil para regular el asunto, este reza lo siguiente:

“...RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

En razón de la anterior aplicación analógica, se establece que frente a los contratos suscritos entre el médico y el paciente, la culpa médica se presume, debiendo el profesional demostrar diligencia y cuidado para eximirse de responsabilidad.

Resulta oportuno a más de relevante, aclarar que el anterior criterio no es absoluto, pues se ha establecido por la Jurisprudencia y por la Doctrina un trato diferente para los vínculos contractuales en los que hay obligación de medio y para aquellos en los que existe obligación de resultado. En consecuencia, habría de entenderse que en las relaciones de medio, el demandante debe probar que el médico no actuó en su desempeño profesional con la diligencia de un buen padre de familia, esto es, que actuó con culpa. Por el contrario, si la obligación es de resultado bastará con que el actor pruebe que el resultado convenido no se produjo, comprobado esto el demandado asumirá responsabilidad civil, lo que demuestra que en el presente caso opera la presunción de responsabilidad de que habla el artículo 1604 del Código Civil, la cual solo se desvirtúa con la prueba del rompimiento del nexo causal.

A pesar de que el anterior criterio ha sido el adoptado por la Doctrina y la Jurisprudencia nacional, resulta útil traer a colación la crítica que sobre

éste punto tiene el Doctor Javier Tamayo Jaramillo, quien explica que su inconformidad se debe a que el anterior criterio no es el único que puede aplicarse frente al caso en estudio, pues en opinión del autor la norma se refiere más a la pérdida de la cosa que se debe que a la prestación de un servicio y, en vista de que el mismo artículo 1604, en su inciso final, establece que las partes o normas especiales pueden modificar lo establecido en él, y se encuentra que efectivamente existe en el ordenamiento una norma que resulta más específica para el tema concreto, deben dársele aplicación a esta última.³²

El artículo que, en opinión del mencionado autor, regula el tema de forma más específica es el 2144 del Código Civil, el cual expresa:

“...EXTENSION DEL MANDATO. Los servicios de las profesiones y carrera que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, con respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

De otra parte, se encuentra el artículo 2184 del Código Civil, el cual, al establecer las obligaciones del mandante frente al mandatario, establece:

“...OBLIGACIONES DE CARÁCTER GENERAL. No podrá el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa”

Considera el doctor Tamayo Jaramillo, que tras la lectura de los anteriores artículos, puede verse que es el paciente quien finalmente debe demostrar que el galeno incurrió en culpa, lo que implicaría un acogimiento al criterio de los ordenamientos jurídicos de los demás países, e igualmente lleva a una solución final idéntica a la acogida por los doctrinantes que consideran que el contrato de servicios médicos debe regirse por el criterio de la falla probada, lo que simplificaría el

³² TAMAYO, Jaramillo Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

estudio del tema en cuestión porque no hace necesaria la diferenciación entre las obligaciones de medio y las de resultado.³³

- **Relación Extracontractual.** Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual tiene lugar cuando se produce un daño sin que hubiera existido un vínculo contractual entre el causante del daño y la víctima, lo que implica que las partes susceptibles de obligarse no han determinado una obligación concreta y particular, en este tipo de relación, el deber del médico no proviene de ningún acuerdo de voluntades, sino de la propia ley.

La responsabilidad extracontractual médica se presenta si se han lesionado los derechos del paciente, y siempre y cuando el causante del daño sea legalmente médico, el hecho haya sido ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia, es decir, con infracción a la llamada *Lex Artis*, y si, por el actuar del facultativo, se da una agravación, mantenimiento en la enfermedad, lesiones o muerte.

Este tipo de responsabilidad ha sido manejada siguiendo los parámetros del artículo 2341 del Código Civil, el cual reza "...RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido" según este artículo, los demandantes cuentan con la carga de probar la culpa del médico, pues se parte de la idea de que el riesgo debe ser asumido por quien se beneficia de él. Habiéndose analizado la carga probatoria en una y otra forma de vinculación, resulta pertinente aclarar que, en los casos en los que la parte actora debe probar la culpa del galeno, se da cumplimiento a dicha carga aún en los eventos en los que la prueba recae sobre la noción de culpa virtual, la cual, permite el establecimiento de culpabilidad del profesional a través de indicios.

Por su parte, el doctor. Roberto Vázquez Ferreira, establece que la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente es generalmente de naturaleza contractual, esto sin importar la esencia que se asigne a dicha relación, pero que en determinados casos, la responsabilidad médica puede tener carácter extracontractual, tal como acontece en los siguientes supuestos:

³³ TAMAYO, Jaramillo Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

- a. El de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando aquélla no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria.
- b. Cuando el contrato celebrado entre el facultativo y el paciente es inexistente o nulo.
- c. Cuando el servicio médico es prestado por el facultativo espontáneamente, sin intervención alguna de la voluntad del paciente, como acontecería con el médico que auxilia a la víctima de un accidente en la vía pública.
- d. La atención prestada por un médico a un incapaz, si el galeno no contó con la autorización del respectivo representante legal.
- e. La actividad del médico desarrollada en contra de la voluntad del paciente, como acontecería con la asistencia al suicida.
- f. Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o administrativa.³⁴

7.1.3 ¿Obligación de medio o de resultado?. Las obligaciones de medio y de resultado se ubican en el mundo de la responsabilidad contractual. Por ende, cuando se pretenda dilucidar en un caso concreto si el médico concertó una obligación de medio o de resultado será fundamental abordar los términos de la relación contractual, pues serán estos, así como las cláusulas del contrato, los que permitirán evaluar el alcance de la relación obligacional. Las obligaciones de medio se basan en el esfuerzo del hombre “para aproximarse a una finalidad deseada”, en ellas el sujeto no se obliga a conseguir un resultado, solo se compromete a realizar actos tendientes al posible logro de la finalidad, razón por la cual puede entenderse que el deudor puede cumplir con su obligación “aunque el acreedor no obtenga la finalidad exacta y precisa que buscaba al contratar, a condición de que el comportamiento del deudor, al cumplir su obligación, sea prudente y diligente”. Por su parte, las obligaciones de resultado tienen lugar cuando el deudor se compromete a alcanzar un resultado determinado, no basta su diligencia y cuidado, ni que él ponga los medios necesarios para lograrlo, ya que se compromete a lograr el fin propuesto por el acreedor.³⁵

El legislador no habla de forma expresa de las obligaciones de medio ni de las obligaciones de resultado, y en consecuencia, si las partes no han determinado el carácter de la obligación, para dar solución a ésta imprecisión, debe tenerse

³⁴ VÁSQUEZ, Ferreira Roberto. Prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1992.

³⁵ TAMAYO, Jaramillo Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995. , p 291.

en cuenta el número de probabilidades existentes para alcanzar el objetivo pretendido con la relación contractual, en este sentido es útil abordar la siguiente diferenciación:

- **Culpa probada:** Tiene lugar en aquellos eventos en los cuales el deudor entra inocente al proceso, y corresponde al acreedor demandante demostrar la culpa del deudor. Se presenta frente a obligaciones de medio.
- **Culpa presunta:** Igualmente tiene lugar en obligaciones de medio, pero se presenta cuando se presume la culpa del deudor, quien debe probar la diligencia y cuidado por él empleados para ser exonerado de responsabilidad.
- **Concurrencia de culpas:** Conforme lo establece el artículo 2357 del código civil "...La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Consagra esta disposición la teoría de la compensación de culpas en aquellos eventos en los cuales quien lo sufre se expuso descuidadamente a él, o cuando un error de su conducta fue también la causa determinante del daño. Se trata, pues, de dos culpas distintas que concurren a la realización de un hecho dañoso, donde la de la víctima, por no ser la única preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no alcanza a eximir de responsabilidad al demandado, pero sí da lugar a medirla en la proporción que estime el Juez.³⁶
- **Obligación de resultado ordinaria:** En caso de incumplimiento del contrato, el deudor cuenta con la posibilidad de probar causa extraña para liberarse de responsabilidad.
- **Obligación de resultado reforzada u obligación de garantía:** Si tuvo lugar un incumplimiento contractual, al deudor nada lo exonera de responsabilidad, teniendo esta obligación el carácter de objetiva, pues "ni siquiera la causa extraña lo libera de la responsabilidad que pesa en su contra".³⁷
- Doctrinalmente suele clasificarse **la culpa en levísima, leve y grave. La culpa levísima** es una falta de conducta que sólo evitan las personas más diligentes y cuidadosas, es un error en el cual es común incurrir y sin embargo evitable. **La culpa leve**, es una falta de comportamiento que puede eludirse al proceder con el cuidado y la diligencia a medias de una persona normal, siendo dicha culpa comparada con la eficiencia que se obtuvo en una situación similar. Mientras que **la culpa grave**, es un error de conducta imperdonable, equiparada al dolo, pues en ella incurren las personas más torpes, es una falta gruesa e inexcusable, un

³⁶ TAFUR, González Alvaro. Código Civil Anotado. Vigésima primera edición. Editorial Leyer.2004, p.380

³⁷ TAMAYO, Jaramillo Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995., p. 363

comportamiento absurdo, que pudo haber sido evitado hasta por la persona más torpe.

En el ámbito de la medicina, se tiene en cuenta que el médico, ordinariamente, sólo está obligado a sanar y liberar de sufrimientos al paciente conforme a los conocimientos de la ciencia y la técnica médicas, esto es, conforme a la *Lex Artis* de su profesión, lo que implica una obligación de medio y esto tiene aplicación tanto si la relación que le une al paciente es contractual o extracontractual. El facultativo no puede comprometerse a obtener la recuperación del enfermo, lo que implica una obligación de resultado, pues ésta no depende sólo de la correcta actuación del profesional de la salud, sino de otras circunstancias y variables no controlables que escapan a su control, tales como las reacciones fisiológicas, la anatomía humana, las enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo, el desarrollo científico y tecnológico, las propias características del paciente y en general por la posibilidad de que acontezcan una serie de innumerables sucesos impredecibles. Por consiguiente, la responsabilidad del médico debe ir unida al incumplimiento de las reglas de la profesión médica y no a la falta de recuperación del enfermo, sin importar si la relación que une al paciente es una relación contractual o extracontractual.

En este sentido resulta acertado el criterio de Mazaud y Tunc quienes establecen que: "Resulta evidente que aunque la intención del Médico sea curar al enfermo, a lo único que puede comprometerse es a utilizar todos los medios de que intelectualmente disponga y todos los instrumentos que resulten adecuados para el logro de esa curación", de manera que el galeno puede llegar a cumplir su obligación, aunque el paciente no haya obtenido la finalidad exacta que buscaba al contratar, pues lo único exigido al profesional de la salud es que su actuar haya estado revestido de prudencia y diligencia. Sin embargo, debe entenderse que en las obligaciones de medio existe un mínimo de resultado exigido, que consiste en realizar la conducta con la cual el deudor o galeno pretende lograr el beneficio mediato buscado por el paciente, por ejemplo el médico tiene la obligación inexcusable de tratar al paciente, pues de lo contrario será responsable por incumplimiento puro y simple, y en estos eventos no es necesario establecer ningún tipo de culpa. De manera que, la teoría de la obligación de medio solo es aplicable cuando el deudor cumplió materialmente con la prestación a la que se obligó, aunque el objetivo buscado no se haya producido.³⁸

³⁸ MAZEAUD, Henri y LEÓN- TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual 5ª edición. Buenos Aires: E diciones Jurídicas Europa América, 1962.

En síntesis, cabe entender que el médico, por regla general, únicamente se compromete a emplear los medios adecuados para que su paciente se cure, lo que debe ser llevado a cabo con prudencia y diligencia, y por tanto sólo si en la actuación médica existió el factor culpa, el galeno llegará a ser condenado. Al respecto, hay una discrepancia jurisprudencial, pues la Corte Suprema de Justicia establece que es el demandante el que debe establecer la culpabilidad médica, es decir, que su actuar no fue prudente ni diligente. Por el contrario, el Consejo de Estado considera que la entidad hospitalaria es la que debe demostrar que su actuar fue el adecuado, ya que la falta de diligencia es considerada un error inexcusable y ha de ser el médico quien debe de probar que se ha producido en su caso como consecuencia de una causa extraña.

Resulta pertinente aclarar que, a pesar de que el Consejo de Estado haya acogido el criterio de la culpa presunta, debe entenderse que la obligación del médico no puede ser considerada de resultado, pues solo salvo ciertas excepciones, su obligación es de este tipo. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado por medio de sentencia proferida el 13 de julio de 1995, expediente 9848: “La determinación de la carga de la prueba precisa la Sala, en forma alguna desconoce la naturaleza de la obligación de medio que tienen los que ejercen la medicina, ni la torna objetiva; ni tampoco desconoce que los pacientes pueden, no obstante haber sido tratados adecuadamente, sufrir ciertas consecuencias.

Por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditados el daño sufrido por la víctima y la relación de causalidad con la actuación de la entidad, pueda ésta demostrar que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es, que obró diligentemente poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente.³⁹”

Además, por medio de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, sección tercera, el 18 de abril de 1994 se estableció:

“En este momento del discurso judicial el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de medios o sea de prudencia y diligencia, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de

³⁹CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Julio trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995): Expediente N° 9848.

curar, son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta.

El médico cuenta con una obligación de resultado en actividades como la emisión de dictámenes y certificados, en los análisis clínicos (pues no interviene la incertidumbre o aleatoriedad), en el contrato de hospitalización (por la obligación de proporcionar seguridad al enfermo), en las cirugías estéticas (pues el bien que se pretenda conseguir no es de necesidad perentoria para la salud del paciente y sin esta garantía tal vez el paciente no asumiría el riesgo de la intervención).⁴⁰

Por su parte la Jurisprudencia española, entiende que la responsabilidad del médico sólo puede explicarse en un régimen de responsabilidad por culpa, la cual tiene lugar con incumplimiento de la *Lex Artis* de su profesión, cuando se trata de una obligación de medios, o en la no consecución del resultado esperado, cuando se trata de una obligación de resultado. Siguiendo este planteamiento, la doctrina asocia la distinción entre obligación de medios y de resultados con la distinción entre medicina asistencial y medicina satisfactiva respectivamente, pues mientras que la medicina asistencial tiene lugar cuando el paciente acude al facultativo con una finalidad terapéutica, esto es, para que le sane de una enfermedad, la medicina satisfactiva tiene lugar cuando el paciente acude al profesional de la salud a fin de que éste le practique un tratamiento que produzca una alteración en su organismo que sirva para mejorar su aspecto externo corporal o físico o traiga consigo la supresión o transformación de alguna de sus funciones normales. Lo anterior explica que la obligación de medio o medicina asistencial se presenta cuando el paciente para salvar su vida o para mejorar la calidad de ésta, requiere necesariamente la asistencia médica, en cambio en la obligación de resultado o medicina satisfactiva se presenta cuando, sin ser absolutamente necesario, el paciente acude al galeno para que realice una intervención que cambie su aspecto físico o transforme una de sus funciones normales.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Abril dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

7.1.4 Teoría de la culpa virtual. Es una creación doctrinaria y jurisprudencial de origen francés, por medio de la cual se ha establecido que la culpa puede ser probada a partir de determinadas circunstancias que rodearon la conducta del agente, argumentando que “las cosas hablan por si solas”. Esta teoría se sustenta en el hecho de que corresponde al paciente demostrar que el comportamiento del médico fue inadecuado y que en consecuencia se produjo el perjuicio en él. Y en vista de que no en todos los casos puede establecerse la culpabilidad médica con absoluta certeza, se ha aceptado la aplicación de la culpa virtual, por medio de la que se puede entender establecida la prueba de la culpa médica, a partir de la demostración de ciertos indicios que permitan entender al juez que el comportamiento culposo del médico pudo haber ocasionado el daño en el paciente.

No resulta adecuado pensar, como lo han hecho tratadistas como Rene Savatier, que la culpa virtual configura una culpa presunta, pues tal como lo establece el doctor Javier Tamayo Jaramillo “en este caso no estamos ante una autentica presunción, sino ante una prueba por indicio”⁴¹, pues para la presunción de culpa sólo se necesita demostrar que el demandado causó daño en el demandante, sin que sea necesario determinar los hechos que rodearon la producción del daño, pues tras su producción se presume la culpabilidad del demandado. Por el contrario, en la culpa virtual el actor debe demostrarle al juez los hechos y circunstancias que rodearon el daño, para que éste finalmente resulte convencido de la culpabilidad del demandado, a pesar de que con certeza no se sepa si ello fue así, pues lo fundamental es lograr demostrar que aparentemente así se dieron los hechos. En estos casos, tal como lo manifiesta el doctor Tamayo Jaramillo⁴², la culpa surge cantada de la propia realidad de los hechos.

Resulta claro resaltar, como lo hace el profesor antes citado, que el concepto de la culpa virtual se aplica por vía excepcional, justamente para poder mantener el principio general de la culpa probada. Por lo tanto, este criterio jamás podrá aplicarse con la sola prueba del daño y del nexo de causalidad, pues se exige demostrar las circunstancias que rodearon el hecho dañino.⁴³

Los tribunales han acogido este criterio, favoreciéndose de este modo a los pacientes en su deber probatorio; al respecto resulta pertinente hacer alusión a sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de octubre de 1991, en la que

⁴¹ TAMAYO, Jaramillo Javier. Ob. Cit, p. 64.

⁴² TAMAYO, Jaramillo Javier y otros. Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Primera edición. Medellín: Librería jurídica Diké: Medellín, 1993.

⁴³ TAMAYO, Jaramillo Javier. Ob. Cit p. 65.

se expresa: “En nuestro concepto, las quemaduras sufridas por el niño en cuestión, de acuerdo con su localización y todas las eventualidades del caso, sólo puede haber sido producido por agua caliente y vapor de agua que pasaron del humidificador a través de las mangueras hasta la mascarilla y de ahí al niño, y que otra posibilidad que creemos no vale la pena ser analizada, sería la acción directa de arrojar agua caliente al cuerpo del niño”.⁴⁴

7.1.5 El Daño. Tal como lo establece el profesor Martínez Rave, el daño es el lesionamiento menoscabo que se ocasiona a un interés lesionado, perturbado o agredido, esté o no consagrado como un derecho real u objetivo. En el ámbito médico, se considera como un requisito indispensable, para que efectivamente proceda la declaratoria de responsabilidad civil del médico, la acreditación de la existencia de daño en el paciente, entendiéndose que el profesional de la salud sólo es responsable de resarcir el daño causado por su actuar o por su falta de actuación, si existe prueba que acredite que el resultado dañoso para el paciente se produjo por su actuar culposo.⁴⁵

En un mismo sentido, se requiere que el daño sea cierto y actual, lo que de ninguna manera quiere decir que quede excluido el daño futuro, pues lo que realmente significa ésta expresión, es que para el daño se pueda comprender, es necesario que se sepa con certeza que este va a presentarse, pese a que aún no despliegue sus efectos. De otra parte, se requiere que el daño se haya producido por la ocurrencia de un hecho doloso o culposo, siendo además necesaria la existencia del nexo causal entre el daño causado y el dolo o la culpa del profesional.

En consecuencia, se puede ver que para que haya lugar a la indemnización, se requiere que se haya acreditado la existencia de un daño en el paciente, en razón de un servicio prestado por un médico de forma inadecuada, pero no resulta claro lo que efectivamente es el daño, y al dar una mirada por la legislación colombiana, puede verse que a pesar de que en ésta con frecuencia se hace referencia al término, no se encuentra definición de él. Por fortuna, la Doctrina y la Jurisprudencia han ido determinando su significado, entendiéndose por daño, el lesionamiento de un interés que debe referirse a algo concreto.

⁴⁴ TAMAYO, Jaramillo Javier. Ob. Cit, p. 68.

⁴⁵ MARTÍNEZ, Rave Gilberto. El perjuicio y su evaluación, Responsabilidad civil médica en los servicios de salud, primera edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1993.

Para que exista daño, basta con la afectación de un interés que se encuentre en el patrimonio del ofendido, y, con la indemnización, se busca restablecer el equilibrio económico roto por el daño, lo que implica entonces, que la reparación debe hacerse con fundamento en el momento en el que se liquide el monto.

7.1.6. Carga de la Prueba. La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez como debe fallar cuando no parezcan probados tales hechos.

Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del Juez o de la contraparte.

La jurisprudencia ha dicho en reiteradas ocasiones que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones.⁴⁶

7.1.6.1 Normas sobre la Carga de la Prueba en Colombia.

El Art. 1757 del C.C. que se aplica a obligaciones y que regla: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o esta”

El Art. 177 del C.P.C. que regla: “Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

⁴⁶ PARRA, Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio, decima séptima edición ampliada y actualizada. Librería ediciones del profesional Ltda., 2009.

Esta norma señala que la parte debe probar el hecho que le sirve de sustento a la norma que invoca como fundamento de su pretensión, de su excepción y en general de su defensa.

De otro lado el Art. 1 de la Constitución Política de Colombia hace referencia a la **solidaridad de las personas que la integran** (se refiere a la República).

Pues bien, el servicio público de administrar justicia, en parte se sustenta en la solidaridad de las partes, para que surjan en forma palpable la verdad. Por ello debe imponerse, en determinados casos que suponen una gran dificultad probatoria, que sea a la parte a quien le resulte más fácil la prueba desahogarla, sin tener en cuenta si es el supuesto o no de su pretensión.⁴⁷

En el mismo sentido la Jurisprudencia se ha encargado de adoptar la teoría de la **Carga Dinámica de la Prueba** y en particular en algunas sentencias ha dicho el Consejo de Estado:

“Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por

⁴⁷ PARRA, Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio, decima séptima edición ampliada y actualizada. Librería ediciones del profesional Ltda., 2009., p 229.

cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

“Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

“Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.”⁴⁸

7.1.7 Solidaridad. La obligación solidaria es aquella en que hay varios deudores o varios acreedores, y que tiene por objeto una prestación, que a pesar de ser divisible, puede exigirse totalmente por cada uno de los acreedores, o a cada uno de los deudores, por disponerlo así la ley o la voluntad de las partes, en términos que el pago efectuado a uno de ellos o por uno de estos, extingue toda la obligación respecto de los demás.⁴⁹

7.1.7.1 Solidaridad en materia contractual. En materia civil no existe un principio general de solidaridad entre los deudores de obligaciones divisibles. Por tanto, es en virtud de disposición expresa de la ley, del testamento o de la convención que puede surgir la solidaridad de deudores en materia civil, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 1568 del Código Civil Colombiano el cual dice “...DEFINICION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera., Santafé de Bogotá D.C., Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández. Julio 30 DE 1992. Ref. Exp. No.6897.

⁴⁹ TAMAYO, Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Segunda Edición. 2007. Legis. Bogotá. p 43

de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

7.1.8 Análisis comparativo de la aplicación de la carga de la prueba en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado. En primer lugar es importante recordar que, mientras en la Corte Suprema de Justicia se exige al paciente probar que el actuar del médico fue culposo y negligente y, que en consecuencia se produjo el daño por él demandado, en el Consejo de Estado se considera que es la institución hospitalaria la encargada de probar que su actuar fue adecuado y, que si efectivamente se produjo un resultado indeseado, fue por razones que no le son atribuibles.

La anterior explicación, da cuenta de un manejo probatorio que es completamente opuesto, pero al respecto vale la pena mencionar una excepción, se trata del manejo dado por la Corte Suprema de Justicia a las obligaciones de resultado, las cuales únicamente se desprenden de un vínculo contractual, pues en estos casos opera el criterio de la falla presunta, al igual que en el Consejo de Estado, y en consecuencia al paciente únicamente le toca demostrar que hubo un contrato entre las partes y que el médico incumplió con su obligación, es decir, que no logró el resultado por él prometido.

En este punto resulta útil aclarar, que a pesar de que en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado con frecuencia se habla de una presunción de culpa del médico o profesional de la salud, realmente esta presunción únicamente tiene aplicación en torno a la institución y no frente a la persona natural que presta el servicio, cuando la mencionada Corte se refiere a tal presunción, únicamente puede aplicarse a las instituciones Promotoras del servicio de salud.

Sin embargo entre los dos altos tribunales no todo son discrepancias; por ejemplo, puede encontrarse convergencia en la exigencia de que el demandante acredite los elementos de la pretensión, pues como lo establece el Consejo de Estado, si por ejemplo “alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende”⁵⁰

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Consejero Ponente: BETANCUR, Jaramillo Carlos – Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo. Agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993). Expediente No. 6754.

En un mismo sentido expresa la Corte Suprema de Justicia que la prueba de la existencia del contrato corresponde al paciente, pues es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y del cuidado. De igual forma establece que corresponde al paciente probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral, cuyo resarcimiento se pretende.

Bajo los criterios de la carga de la prueba predicados por cada Tribunal se encuentra una morigeración a este deber, pues por ejemplo el Consejo de Estado predica que el médico puede quedar exonerado de culpa si logra acreditar la diligencia y cuidado requeridos para el caso en cuestión, sin que sea indispensable la prueba de la causa del daño. En tal sentido, se indicó que el hecho de que en determinado proceso no se hubiera establecido cuál fue concretamente la causa científica que generó el daño, no implica la imposibilidad de darse por establecido la ausencia de la falla del servicio como causal de exoneración de responsabilidad.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia determinó que, en algunos eventos no se requiere que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia, en virtud de lo que se ha denominado la culpa virtual.

Por otra parte, se encuentra que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado hacen alusión a la teoría de la carga dinámica de la prueba, en el sentido de que “el juez puede deducir presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes, cuando esos están en mejores condiciones...”⁵¹.

Pero a pesar de que en algún aspecto haya cierta concordancia entre una y otra Corporación, no puede pasarse por alto que en lo fundamental son opuestas, pues es el asunto referido al sujeto a quien en últimas corresponda probar la culpabilidad o inocencia médica, según sea el caso, lo que en últimas resulta siendo más trascendente. Será el lector quien determine, cuál de las dos salas

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Consejero Ponente: GIRALDO, Gómez María Elena – Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo. Octubre siete (7) de Mil Novecientos Noventa y Nueve (1999) Referencia: Expediente No. 12655. Actor: Bernardo Roldán Y Otros. Demandado: Instituto Metropolitano De Salud De Medellín (METROSALAUD) - Instituto De Seguros Sociales (I.S.S).

es la que adoptó la posición adecuada, en nuestra opinión lo más justo y lógico es que la carga probatoria no recaiga de manera exclusiva en el médico o en el paciente, sino que ambos deben contribuir, de manera activa, en el esclarecimiento de los hechos.

La anterior explicación, da cuenta de un manejo probatorio que es completamente opuesto, pero al respecto vale la pena mencionar una excepción, se trata del manejo dado por la Corte Suprema de Justicia a las obligaciones de resultado, las cuales únicamente se desprenden de un vínculo contractual, pues en estos casos opera el criterio de la falla presunta, al igual que en el Consejo de Estado, y en consecuencia al paciente únicamente le toca demostrar que hubo un contrato entre las partes y que el médico incumplió con su obligación, es decir, que no logró el resultado por él prometido.

7.1.9 Análisis jurisprudencial. Para llevar a cabo el análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la responsabilidad civil en el acto médico de la cirugía plástica en nuestro país durante los años 2004 a 2008, se realizó un barrido por varias de las principales bases de datos que existen, como la de la Rama Judicial⁵², Datalegis, Leyex.info, Ediciones Gopher, Juriscol, Vlex Colombia⁵³ y en motores de búsqueda en la Internet, esto con el objeto de analizar las diferentes tesis y posturas de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, dado que como es el órgano de cierre de esta jurisdicción, nos permite dejar claro cuál es la posición jurídica sobre este tema en nuestro país.

Adicional a esto, decidimos apoyarnos en el autor ex magistrado Javier Tamayo Jaramillo, con su texto Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Segunda Edición. 2007 y editado por Legis, el cual consideramos pertinente para el desarrollo del trabajo, esto motivado en el hecho que luego del barrido realizado en esas bases de datos, encontramos que el número de sentencias no es tan considerable como esperábamos.

⁵²http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp

⁵³http://vlex.com/search/index?query%5Bbuscador_id%5D=155456&query%5Bcoleccion_id%5D=28&query%5Bct_resultados%5D=169&query%5Bfrase%5D=responsabilidad+civil+medica&query%5Blc_query%5D=%28%28texto%3A%28responsabilidad+AND+civil+AND+medica%29+OR+titulo%3A%28responsabilidad+AND+civil+AND+medica%29%29+AND+%28fuente%3A%282544%29%29+AND+%28descriptor1%3A%2801%29%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=CO&sort=score. (Muestra un total de 31 resultados al colocar en descriptores "responsabilidad civil medica" y buscar solo sentencias en la sala civil de la Corte Suprema de Justicia)

Luego de realizado el barrido encontramos que existen varias sentencias relacionadas con la responsabilidad médica, como ya se mencionó, la Corte Suprema de Justicia el 14 de octubre de 1959 afirmó como principio general que a la responsabilidad del médico le era aplicable el art. 2356 del código civil porque en ese entonces esta Corte consideraba que se trataba de actividades peligrosas, tal como lo menciona el ex magistrado Javier Tamayo Jaramillo en su Tratado de responsabilidad civil, cuando afirma que “La actividad médica es, desde el punto de vista físico, esencialmente peligrosa, no solo porque generalmente se utilizan instrumentos y aparatos de suyo peligrosos, sino porque el organismo del paciente está sometido a enormes riesgos por el simple hecho de la actividad del médico al efectuar el tratamiento. Por tal motivo, no ha faltado quien, en forma aislada y errónea, haya pregonado el principio general de que al médico se le aplica la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil (sic).”⁵⁴

Para este gran tratadista, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que la culpa sigue siendo elemento indispensable de la responsabilidad en los servicios de salud. Este autor aquí hace una distinción dado que estos servicios de salud son prestados tanto por entidades privadas, a las cuales se les aplica la teoría de la responsabilidad civil, como por entidades públicas, a las cuales se les aplica la teoría de la responsabilidad estatal, que conlleva a procesos de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, hoy siguiendo lo prescrito en la ley 1285 de 2009, teniendo que agotar requisito de procedibilidad, igual que en la jurisdicción civil en los procesos ordinarios de responsabilidad civil.

La Corte posteriormente en sentencia del 14 de marzo de 1992, cambió su criterio y se acogió a basar la decisión por el criterio de la presunción de culpa, criterio que sigue usando hoy en día, igual pasaba con el Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, quien aplicó, desde 1992 hasta el año 2001, un principio general de culpa o falla presunta en la responsabilidad médica del Estado. Pero desde el año 2001 esta posición del Consejo de Estado cambió, y en lugar de la presunción, se aplica el principio de las cargas dinámicas de las pruebas, que a pesar de ser en teoría diferente a la anterior, para Tamayo Jaramillo, por su forma de aplicación conduce a la presunción que quiso eliminar.⁵⁵

⁵⁴ TAMAYO, Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Segunda Edición. 2007. Legis. Bogotá. P 1069.

⁵⁵ TAMAYO, Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Segunda Edición. 2007. Legis. Bogotá. P 1069.

Para este gran tratadista de la responsabilidad civil, es indispensable que la culpa médica debe probarse por la víctima en caso de daños imputables a un acto médico defectuoso, pero que también deben estudiarse todas las posibles hipótesis que puedan presentarse, ya que en no pocos casos ese principio general de culpa probada no es de recibo. Inclusive, afirma Tamayo Jaramillo, es factible que bajo determinadas condiciones, el médico pueda llegar a ser responsable por actividades peligrosas.⁵⁶

Para este autor es indispensable que se distinga entre los daños que son causados por el médico sin que éste haya realizado un acto médico defectuoso y cuando el daño sí se deriva de un acto médico defectuoso. Para ello es importante anotar a continuación algunos principios que regulan la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil contractual por defectuosa prestación de los servicios médicos.⁵⁷

Es importante afirmar que para Tamayo Jaramillo la culpa médica por defectuosa prestación del servicio no se presume, solo se compromete si el demandante prueba la culpa del galeno, esto siguiendo lo dicho en una sentencia del 5 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, y en lo prescrito en los artículos 2144 y 2184 del Código Civil, donde el primero de ellos reza "... que los servicios de las profesiones que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, con respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato", y el segundo establece que "... no podrá el mandante disculparse de cumplir las obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa".⁵⁸

Frente a esta posición se generó un debate, dado que para algunos, lo estipulado en estos dos artículos, se refiere cuando hay mandato con la facultad de representación, así lo dice el doctor Jorge Suescún Melo, pero Tamayo Jaramillo, rebate esta posición diciendo que a pesar que el acto médico no es un mandato, se le aplican las normas de este por disposición expresa de la ley, por analogía expresa. Suescún Melo comparte la opinión expresada con anterioridad en el sentido que en materia civil la culpa médica debe ser probada, pero que para tal solución se debe apoyar en la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado y en el principio de equidad.⁵⁹

⁵⁶ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1069

⁵⁷ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1081

⁵⁸ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1082

⁵⁹ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1085

Termina el debate el tratadista Tamayo Jaramillo, afirmando que entratándose de la responsabilidad civil contractual de los médicos por defectuosa prestación del servicio, el demandante debe establecer la culpa del médico, y reafirma que esta posición es la que asume en varios fallos la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre los cuales están el del 5 de marzo de 1940, el del 12 de septiembre de 1985 y el del 26 de noviembre de 1986.⁶⁰

También se apoya Tamayo Jaramillo para llegar a la anterior conclusión en el argumento en virtud del cual la culpa médica por defectuosa prestación del servicio debe probarse tanto en materia contractual como extracontractual radica en lo aleatoria que resulta la actividad del médico frente al paciente, y es esta aleatoriedad el criterio predominante para quienes consideran válida la existencia de las obligaciones de medio. Es más, son varias las situaciones aleatorias que se presentan cuando el médico actúa sobre el organismo de un paciente, es aleatorio que el paciente pueda aliviarse con el tratamiento efectuado por el médico, también lo es que el médico pueda garantizar que no se producirán daños colaterales o consecuenciales del tratamiento médico, y también existe el riesgo de que no se sepa finalmente cual es la causa del daño sufrido por el paciente o que ni el médico ni el paciente puedan aportar la prueba de la culpa o de la diligencia y cuidado requeridos, estas circunstancias llevan a que Tamayo Jaramillo afirme que se pueda pensar en que no solo existe una obligación de medios contra el médico, sino que esa culpa debe ser probada.⁶¹

Con relación a la medicina estética, se puede afirmar que existen los dos primeros aleas, porque luego de una intervención, el médico no sabe con certeza como será el proceso de cicatrización por ejemplo, o su reacción a la anestesia en una operación tan larga, tampoco se puede conocer con exactitud si no habrán efectos colaterales o daños consecuenciales de un tratamiento estético, se pueden hacer estudios preliminares que reduzcan este riesgo, pero nunca lo dejen en cero, aquí si no opera el tercero, porque no se está tratando una enfermedad o una patología, es claro cuál es el cambio deseado por el paciente en su aspecto físico, lo que no se sabe es como reaccionara su cuerpo a ese cambio.

Tamayo Jaramillo rechaza que en estos casos se aplique una responsabilidad objetiva, al presumir una causalidad, caso que se da cuando se presume la culpa del médico sin saber cuál fue la causa del daño, en el caso que no se pueda probar o demostrar cuál fue la causa del daño, ni que el médico pueda

⁶⁰ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1091

⁶¹ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1092

demostrar su diligencia y cuidado, el médico deberá ser absuelto a menos que el paciente logre demostrar su culpa, pero si en un caso determinado solo la culpa del médico permite explicar la producción del daño, el problema está resuelto.⁶²

Adicional a todo lo desarrollado con anterioridad se suma el principio de que en estos casos el paciente asume los riesgos, según este principio en la medida en que el paciente acepta correr los riesgos del tratamiento médico y en la medida en que el ordenamiento jurídico obliga a socorrer al enfermo, dichos riesgos deben ser asumidos por la víctima si de hecho le queda imposible demostrar su diligencia y cuidado.⁶³

Ahora si se trata de cirugía estética o plástica, es el mismo paciente quien se somete, sin estar enfermo o ser víctima, a un tratamiento que cambiará su aspecto físico, ya sea reconstructivo, caso que se puede asimilar a una patología, y operara este principio llanamente, o ya sea estético, en el cual es por solicitud del paciente, cuyo organismo es en sí mismo el riesgo, es decir, lo que crea el riesgo no es tanto la actividad del médico sino el organismo del paciente.

Por ello es que es muy importante que el médico cumpla a cabalidad con su obligación de informar de manera detallada y eficazmente al paciente sobre todos los pormenores de la operación y el tratamiento así como de los riesgos inherentes a la misma, así como tomar todas las precauciones para enfrentar el peor de los escenarios posibles.

La Corte Suprema de Justicia en fallo del 30 de enero de 2001 no fijó un criterio único sobre la carga de la prueba en la responsabilidad contractual de los médicos, tal como lo dice Tamayo Jaramillo en su tratado de responsabilidad civil, la Corte en este fallo hizo importantes reflexiones sobre la carga de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad médica.⁶⁴

En esta sentencia, la cual consideramos que es una de las sentencias mas relevantes en materia de responsabilidad civil médica, y dado que la medicina estética se desprende de la medicina como tal, es decir, la responsabilidad civil en materia de medicina estética no es ajena a los planteamientos hechos sobre

⁶² TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1093

⁶³ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1097

⁶⁴ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1097

la responsabilidad civil medica como tal, y por ello comenzaremos con hacer el análisis jurisprudencial a la responsabilidad civil medica para, luego de estar contextualizados y comprender los elementos básicos de las posturas de la Corte Suprema de Justicia en torno a este tipo de responsabilidad civil, terminar enfocándonos solo en la responsabilidad civil contractual derivada de la medicina estética.

En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Magistrado Ponente el Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, se decidió el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de 6 de octubre de 1994, mediante la cual se definió la segunda instancia del proceso ordinario promovido por Eduardo Afanador Salomón y Alba Luz Gordillo Hernández, en nombre propio y en representación de sus hijas María Juliana y Luisa María Afanador Gordillo, contra José Antonio Rivas Correa.⁶⁵

El caso se describe así: Los citados demandantes pretendieron que se declarara que el demandado incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con Eduardo Afanador Salomón, “al dar lugar al accidente que ocasionó la ruptura del tímpano del oído izquierdo” del paciente, durante la intervención quirúrgica contratada. Además, se impetró declarar que como consecuencia de dicho accidente, el señor Afanador “sufre una permanente disminución de la capacidad auditiva de su oído izquierdo y padece la dolencia conocida como síndrome de tinnitus que han determinado la disminución de su capacidad de trabajo”. Consecuentemente el señor Eduardo Afanador Salomón reclamó que el demandado fuera condenado a indemnizarle los perjuicios económicos ocasionados, así como el daño moral, derivado del dolor y la tristeza que le origina el verse disminuido en su capacidad auditiva y laboral. Los otros demandantes, pretendieron a título de responsabilidad civil extracontractual la indemnización del daño moral por la aflicción sufrida al ver a su cónyuge y padre, afectado física y psicológicamente.

Los demandantes invocaron como causa de lo pretendido los siguientes hechos: El 20 de octubre de 1987, Eduardo Afanador asistió por primera vez al consultorio de José Antonio Rivas, médico especialista en otología (oídos). El motivo de la consulta, dice la historia clínica que aparece en el computador del

⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

centro médico, fue: “Consulta por presentar sensación de oído derecho tapado de mes y medio de evolución. Hipoacusia izquierda leve. Rinorrea carraspeo obstrucción nasal con escurrimiento posterior”. En la historia clínica se anotó con 2 equis (XX) que al asistir por primera vez a consulta el oído mejor era el izquierdo.

La impresión diagnóstica consignada en la historia clínica fue: “1.) Desviación septal izquierda. 2.) Exostosis cae (conducto auditivo externo) bilateral. y 3.) Sinusitis maxilar bilateral”. Según la historia clínica, el corolario de la impresión diagnóstica fue: “Orden médica de la 1a. vez. Senos paranasales y tórax. Estudio alérgico infeccioso y prequirúrgicos. Requiere extirpación exostosis CAE (conducto auditivo externo) bil. (bilateral). Control con resultados”. El 18 de noviembre de 1987, el paciente vuelve al Centro para un primer control, con los resultados de los exámenes prequirúrgicos ordenados, que según la historia clínica se refiere a un pre anestésico - paciente ASA 1. El 25 de noviembre de 1987, Eduardo Afanador es intervenido quirúrgicamente en el Hospital Militar. Dice la historia clínica: “En la fecha se practica extirpación exostosis conducto auditivo externo bilateralmente. Ampliación del conducto con fresa visualizándose la membrana timpánica, reposición de la piel del conducto bilateralmente”. La historia clínica N° 404586 del Hospital Militar es coincidente con la historia clínica del consultorio particular del cirujano demandado. El primero de diciembre el paciente regresa a control. Según la historia clínica evoluciona satisfactoriamente. Esta indica que el 14 de diciembre el paciente “relata sensación de oído izquierdo tapado. Con tinnitus. Otoscopia izq. membrana timpánica perforada. Otoscopia der. normal”. El día de la intervención quirúrgica no se anotó en la historia clínica que el paciente tuviera roto el tímpano izquierdo. Dicho tímpano aparece perforado el 14 de diciembre según reporta la historia clínica. Por lo tanto, la perforación ocurrió durante la intervención quirúrgica.

Dice la historia clínica del control efectuado el 20 de enero de 1988: “Continúa con tinnitus oído izquierdo. Otoscopia izquierda descamación epitelial, membrana timpánica perforada. Se coloca papel de cigarrillo en perf. Otoscopia derecha normal”. Y a continuación: “Se recomienda miringoplastia izquierda. Exámenes pre quirúrgicos. Control con resultados”. El 10 de marzo “se practicó miringoplastia izquierda colocándose injerto de aponeurosis por debajo del resto timpánico y sostenido con Belfoam prensado y seco”. La miringoplastia izquierda, o sea la intervención quirúrgica para reconstruir la membrana timpánica izquierda, perforada durante la intervención quirúrgica del 25 de noviembre de 1988, fue realizada por el demandado sin ningún costo por concepto de servicios profesionales como cirujano. Según la historia clínica, el 5 de abril de 1988, el paciente presentaba el siguiente cuadro: “Asintomático. Otoscopia izquierda neotímpano íntegro”. En mayo 19: “relata continúa

presentando tinnitus oído izquierdo”. La historia clínica concluye así: “Otoscoopia izquierda neotímpano íntegro con microgranulaciones en porción postero inferior de membrana timpánica se cauterizan con nitrato de plata. Se prueba audífono AM 120 PPT en oído izquierdo con lo cual relata mejora ruido y audición”. Y luego: “Se instaura tratamiento médico. Se recomienda evaluación de audífono para oído izquierdo para mejorar audición y que disminuya el tinnitus. Control abierto”.

En diligencia llevada a cabo en el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 1990, el demandado aceptó que la historia clínica que se le puso de presente es una copia de la original que reposa en el Centro Médico Otológico. De acuerdo con lo expuesto, durante la intervención quirúrgica se le rompió el tímpano a Eduardo Afanador. Luego apareció el tinnitus. No hay duda de que la causa de tal síndrome en el oído izquierdo fue el accidente quirúrgico relatado. En el tratamiento del síndrome denominado tinnitus, es poco lo que se ha avanzado. Quien lo padece debe soportar un perenne tintineo, por lo que muchas veces los pacientes se someten a tratamiento psiquiátrico, por cuanto pierden su capacidad de trabajo y su estabilidad psicológica, convirtiéndose en personas de muy mal genio. Hasta antes de la intervención quirúrgica, Eduardo Afanador presentaba una tendencia ascendente en su actividad económica. Dicha tendencia desapareció a partir y como consecuencia del error quirúrgico cometido por el demandado. Además, la vida familiar y personal de Eduardo Afanador se han visto afectadas por el desequilibrio psicológico que éste ha experimentado como consecuencia directa del síndrome de tinnitus, pues no ha podido desarrollar su trabajo de ingeniero agrónomo con la eficiencia y el éxito que lo hacía antes del accidente quirúrgico.

Al responder la demanda, el demandado aceptó unos hechos, negó otros, e hizo precisiones respecto de los demás, afirmando que en la intervención llevada a cabo el 25 de noviembre de 1987, no se presentó accidente quirúrgico alguno, que las transcripciones hechas en la demanda fueron tomadas, no de la historia clínica del paciente, sino de un resumen de ella, y que Eduardo Afanador acudió a controles posteriores, distintos a aquél que la demanda menciona como último. El Juzgado 19 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de 26 de octubre de 1993, negó las pretensiones de la demanda. Por sentencia de 6 de octubre de 1994, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmó en todas sus partes la sentencia del a quo, al resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante.

El Tribunal se pronunció así: “Luego de referirse a los antecedentes del caso, anota el Tribunal que las obligaciones que competen a médicos y clínicas son

de medio. Seguidamente dice que la distinción entre éstas y las de resultado, ha servido a la jurisprudencia prevalente en el campo de la responsabilidad contractual, para imponer al acreedor de la primera la carga de demostrar que el deudor no fue cuidadoso o diligente. De ahí entonces, que en caso de reclamación el paciente debe probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar la ausencia de curación, puesto que aquélla no se presume.”⁶⁶

Pero este mismo tribunal continua diciendo que “No obstante, algún sector de la doctrina afirma que la legislación civil colombiana no permite acudir a la diferencia anterior, de estirpe francesa, con el argumento de que esa ella (sic.) no contempla el sistema tripartito de la culpa, ni prevé que la inejecución de un contrato presume la culpa del deudor, como sí sucede en aquella. Perspectiva de la cual se concluye que en nuestro régimen, establecida la inejecución de las obligaciones nacidas de un contrato, el deudor debe acreditar que el incumplimiento le es inimputable por causa de fuerza mayor o, si se obligó a realizar una serie de actos, que obró con la diligencia y cuidado -ausencia de culpa- necesarios según la utilidad o beneficios buscados con la negociación, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, independientemente si su prestación era de medio o de resultado (Arts. 1604, 1730 y 1757 ejusdem). De donde, en tratándose de responsabilidad contractual, el médico tiene a su cargo demostrar que actuó con el conocimiento suficiente y con el cuidado y diligencia sumo con el que otro en su lugar, versado en la misma ciencia, hubiese responsablemente actuado en igualdad de circunstancias. O, lo que es lo mismo, que el médico tiene que probar la ‘idoneidad del tratamiento que prescribió al paciente o de la intervención que practicó’ (La Responsabilidad Civil Médica, Felipe Vallejo García. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N°s 300-301).

El tribunal sigue y afirma que “La Sala acoge la segunda de las tesis expuestas, ya que el artículo 1137 del Código Civil Francés, del que emana el concepto de obligaciones de medio y de resultado, no fue reproducido en el correspondiente al colombiano y en cambio en éste, a diferencia de aquél, en el citado 1604 estatuye la responsabilidad del deudor de acuerdo con la especie de culpa establecida en proporción a la utilidad que a su favor surge del contrato, y determina que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo. El daño es la innegable fuente de la relación imperativa de resarcir, ya provenga de la violación de deberes genéricos de conducta o emane de obligaciones específicas impuestas por un negocio jurídico. Y si acaece lo segundo de inmediato aparece la necesidad de ameritar la existencia del

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

negocio entre demandante y demandado, su legalidad y la causalidad del daño con la conducta del último, la cual de entrada ha de suponerse descuidada”.⁶⁷

Basándose en esto, se presenta la demanda de casación sobre la sentencia de segunda instancia proferida por ese tribunal, con un único cargo formulado, y con apoyo en la causal primera de casación, se denuncia la sentencia mencionada por haber quebrantado indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 288, 306, 1505, 1602 a 1604, 1613 a 1615, 2341 y 2342 del Código Civil, y por violación medio, los artículos 177 y 179 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en “materia probatoria”.

Procedió la Corte a proferir sus consideraciones entre las cuales estaban que “Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego, que ésta no ha sido la constante posición de la Corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, pág. 759 y s.s.), inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era “aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”. Además, anteladamente había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa, exactamente en sentencia de 14 de marzo de 1942, donde examinando un caso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante hacer todo un análisis probatorio para deducir la falta de prudencia del médico demandado, invocó como fundamento de derecho, entre otros, el artículo 2356 del Código Civil, y remató su estudio diciendo “el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos que, como el presente –el mal de rabia- la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía”.⁶⁸

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

Continúa la Corte en sus consideraciones afirmando que “De otro lado, ya en el punto de la responsabilidad contractual del médico, tampoco puede olvidarse como antecedente doctrinal, así se haya producido extrañamente a propósito de caso diferente (incumplimiento de un contrato de asistencia técnica y financiera para cultivo de tomate), el planteado en la sentencia de casación de 3 de noviembre de 1977, donde la Corte poniendo un ejemplo con ocasión del análisis del requisito de que el daño debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación, formuló, por lo menos para el ejemplo, se repite, una inversión de la carga probatoria en el tema de la responsabilidad médica. Dijo la Corte en dicha providencia: “Esta condición o requisito del daño aparece de suyo en el proceso. Si el paciente fallece, valga de nuevo el ejemplo, y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírseles que demuestren que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la supresión o disminución del tratamiento. Es el médico a quien corresponde demostrar, ora que sí prestó competentemente sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos” (G.J. No. 2398, pág. 332). Igualmente la sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), donde, con respecto al mismo tema, la Corte presume la culpa para el evento en que se ha asegurado por parte del médico un “determinado resultado” y “no lo obtiene”. Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de “la culpa del médico sino también la gravedad”, expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como “una empresa de riesgo”, porque una tesis así sería “inadmisibles desde el punto de vista legal y científico” y haría “imposible el ejercicio de la profesión”.⁶⁹

Para la Corte “Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que “...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el “contrato se hubiere asegurado un determinado resultado” pues “si no lo obtiene”, según dice la Corte, “el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”, a no ser que logre demostrar alguna causa de “exoneración”, agrega la providencia, como la “fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998. Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado, descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del C. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas. Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981.

Desde luego que el razonamiento precedente tiene validez, para cuando el acto médico o quirúrgico corresponde a un ejercicio legal de la profesión por persona o institución, que además de capacitada académicamente, está autorizada o habilitada oficialmente para dicha práctica, pues son esos los criterios valorativos que el acto demanda para entenderlo como de beneficio para el paciente y socialmente justificado, porque como bien lo ha explicado la jurisprudencia externa, “la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina ‘*Lex Artis ad hoc*’, debe tener en cuenta “las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de

los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas: 1) Como tal '*lex*' implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la '*lex*' es un profesional de la Medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto '*ad hoc*': tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha '*Lex Artis*'; así como en toda profesión rige una '*Lex Artis*' que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa '*lex*', aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos". (Trib. Supremo de España, Sent. de 11 de marzo de 1991)."

Considera la Corte que "Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico "es de medio", aunque admitió que "puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos". Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de "la culpa del médico...", agregando como condición "la gravedad", que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, "el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase".⁷⁰

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

Dice la Corte que “Igualmente en sentencia de 3 de noviembre de 1977, la Corte consideró que por lo regular las obligaciones que para los médicos surgen, son de medio, de ahí que éstos no se obliguen, según se dijo “a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado. El haber puesto estos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones”. Posteriormente, concretamente en sentencia de 12 de septiembre de 1985, ya referenciada, la Corporación luego de ubicar el tema en la responsabilidad contractual y anotar que el contenido de las obligaciones que en virtud del contrato asumen los médicos y los establecimientos hospitalarios, “variará según la naturaleza de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad”, sostuvo que “con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”.

Es aquí que la Corte dice que “El Tribunal de instancia en la sentencia examinada, al abordar la culpa en torno a la carga de probarla, afirma: “ya que el artículo 1137 del Código Civil Francés, del que emana el concepto de obligaciones de medio y de resultado, no fue reproducido en el correspondiente al colombiano y en cambio en éste, a diferencia de aquél, en el citado 1604 estatuye la responsabilidad del deudor de acuerdo con la especie de culpa establecida en proporción a la utilidad que a su favor surge del contrato, y determina que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

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

jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones "de *moyens*" y "de *résultat*", atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma."⁷¹

Ahora la Corte refiriéndose al contrato de prestación de servicios médicos dice que "Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios, como también lo sostuvo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1915 (G.J. 1282 y 1283, pág. 204), o un contrato al que se le aplican las normas del mandato, como se predicó en sentencias de 29 de marzo de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 52), 7 de diciembre de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 238) y 29 de octubre de 1930 (G.J. t. XXXVIII, pág. 243), o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato "multiforme" o "proteiforme", o "variable", es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos por la ley: Arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato, de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere "sui generis", como lo califica otro sector doctrinal, inclusive la Corte cuando en sentencia de 26 de noviembre de 1986, predicó, sin hacer calificación o clasificación alguna, que al contrato médico de prestación de servicios profesionales le eran aplicables "las normas del título XII del libro cuarto del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...", pues como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 5 de marzo de 1940, no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, así como la apreciación de la culpa del médico. De ahí, entonces, que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

evaluación probatoria, como lo hizo el Tribunal, pues es la relación jurídica particularmente creada, como ya quedó dicho, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado.”

Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”.⁷²

Termina la Corte diciendo que “En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el *onus probandi* permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: Autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artix*).⁷³

Podemos concluir que la corte hace dos grandes pronunciamientos en esta sentencia, primero la Corte reitera el principio según el cual, en materia extracontractual, la responsabilidad de los médicos, se basa en el artículo 2341 y, por lo tanto, la culpa del médico debe ser probada, y segundo también la Corte en este fallo condena el principio general de presunción de culpa contractual médica que había sido acogido por el tribunal de segunda instancia y, por el contrario, afirma que no se puede sentar un principio general de prueba de la culpa, pues todo depende de las obligaciones que en el caso concreto haya contraído el médico.

En este punto es importante detenernos y mencionar los comentarios que hace el tratadista Tamayo Jaramillo en relación con esta sentencia.

Dice que en primer lugar, la Corte tiene la razón cuando afirma que no se puede sentar un principio general y absoluto en materia probatoria y que todo depende

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

de cada caso en concreto, y afirma que el juez no se debe quedar averiguando qué tipo de contrato se celebró entre el paciente y el médico, sino que debe averiguar qué tan aleatorio era el resultado buscado con el acto médico. Afirma este tratadista que incluso la culpa puede ser virtual o presunta si la aleatoriedad para obtener el resultado es casi inexistente.⁷⁴ Que en nuestro concepto es el caso de muchos de los tratamientos y cirugías estéticas.

En segundo lugar el tratadista Tamayo Jaramillo encuentra una incongruencia entre dos aspectos mencionados en esa sentencia, es más dice que la Corte en ese fallo analiza otro principio totalmente excluyente del anterior, es decir, después de afirmar que la carga probatoria depende de la prestación objeto de la obligación, luego afirma “que para determinar la culpa o su ausencia se debe acudir al principio de la carga dinámica de las pruebas. ¿Qué sentido tiene que al aplicar la primera conclusión, el juez decida que de acuerdo con el contrato celebrado, la culpa se prueba o se presume y que párrafos más adelante la Corte afirme que la carga de la prueba de la culpa se consigue aplicando el principio de la carga dinámica de las pruebas?”⁷⁵

Este tratadista termina esta apreciación diciendo que tanto la Corte como el Consejo de Estado aceptan aplicar la teoría de las pruebas dinámicas, pero con la enorme diferencia de que cuando ni demandante ni demandado son capaces de probar la culpa o su ausencia, la Corte termina por aceptar la presunción de inocencia del demandado, mientras que el Consejo de Estado termina aplicando una presunción de culpa.

En tercer lugar dice Tamayo Jaramillo que para la Corte el principio general es el de la culpa probada a cargo del demandante, pero que a veces, las circunstancias imponen a cada una de las partes colaborar probatoriamente para probar o desvirtuar la culpa.

Finalmente y como último comentario dice que “si la Corte, siguiendo en ello la doctrina universal considera que en materia extracontractual del médico la culpa se debe probar debido a que su actividad cumple un fin humanístico y loable, y que no sería justo hacer pesar sobre él una culpa presunta ¿Cuál es la razón para no aplicar esa misma solución en materia contractual si los argumentos son exactamente los mismos?”⁷⁶

⁷⁴ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1103

⁷⁵ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1104.

⁷⁶ TAMAYO, Jaramillo Javier. Obra ya citada. P 1105.

Otra sentencia que en materia de responsabilidad civil médica resulta relevante es la del 13 de septiembre de 2002, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, donde se reafirma que al paciente le corresponde probar la culpa del médico y el nexo causal entre dicha culpa y el daño.⁷⁷

En esta sentencia se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 7 de mayo de 1996, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en el proceso ordinario promovido por Efraín Araque Bautista, en representación de su hijo FABIAN ALBERTO ARAQUE ZUTA, frente a GUILLERMO OROZCO MARTÍNEZ.

El caso se describe así: En demanda presentada el 13 de septiembre de 1991, el actor solicitó declarar al demandado como civilmente responsable de los perjuicios que ocasionó en el curso de atención médica que produjo una gangrena y pérdida de su pierna izquierda al paciente Fabián Alberto Araque Zuta, y condenarlo, en consecuencia, al pago de perjuicios materiales y morales, los primeros estimados en \$51'800.000 y los segundos en el equivalente a un mil gramos oro.

Fabián Alberto Araque Zuta, menor que sufrió una caída el 3 de junio del “año cursante”, fue llevado por sus progenitores el día 5 de ese mes a consulta del facultativo Guillermo Orozco Martínez, quien, luego de examinar una radiografía tomada previamente al paciente, le colocó un yeso a manera de tratamiento para la lesión ortopédica que diagnosticó. Minutos después, aún en el consultorio, notando que el pie enyesado adquiría una coloración oscura, los padres del menor notificaron de ello al médico y éste ordenó a su auxiliar que lo limpiara porque estaba sucio, y, además, los tranquilizó con la manifestación de que el hecho era normal. Esa noche el paciente no pudo conciliar el sueño a causa del dolor y, por ello, la mañana siguiente fue llevado al mismo galeno, quien al examinarlo le quitó el yeso y dejó al descubierto la pierna hinchada y negruzca. El facultativo informó, inmediatamente, que no continuaría asistiendo al menor porque carecía de los aparatos necesarios para tratarlo, y lo remitió al Hospital Rosario Pumarejo de López prometiendo que allí lo atendería. Los padres llevaron su hijo a la Clínica del Cesar, donde informaron, ante preguntas, que la atención médica la venía prestando el demandado, por lo que allí les insinuaron trasladar al paciente a la Clínica Valledupar pues de esta era socio el tratante. De esta última institución, en presencia de la madre del actor

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Bogotá, D. C., trece (13) de septiembre de dos mil dos (2002). Ref.: Exp. No. 6199

y de Ana Ortiz, informaron al demandado que uno de sus pacientes se encontraba allí, y él, en respuesta, ordenó que sacaran rápido al niño y lo enviaran al hospital. En éste lugar hicieron saber que era necesario amputarle la pierna izquierda por presentar “gangrena abanzada” (sic), y luego que el padre del menor intentara, sin éxito, que el demandado lo asistiera, porque a ello se negó, los médicos del hospital realizaron dicha mutilación para salvarle la vida.

Para la parte demandante de lo ocurrido es responsable el demandado, quien violó el contrato de prestación de servicios y por su negligencia e imprudencia, no propias del profesional en medicina, permitió que el menor perdiera su pierna, causándole daño físico irreparable y daño moral de por vida. En su respuesta el demandado negó la mayoría de hechos afirmados por el demandante, aclaró que el trauma sufrido por el menor tuvo ocurrencia el 2 de junio de 1990 y admitió haberle enyesado la pierna el 5 de ese mes, lo mismo que haberlo remitido al Hospital Rosario Pumarejo de López. Adicionalmente alegó “CULPA DE TERCERO” a título de excepción. El Juzgado de primera instancia, que para la sentencia lo fue el Primero Civil del Circuito de Valledupar, desestimó las pretensiones mediante fallo de 21 de noviembre de 1994. La parte actora apeló el fallo y este fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en sentencia de 7 de mayo de 1996.⁷⁸

El Tribunal se pronunció diciendo, luego de recordar las partes del proceso, los hechos afirmados en la demanda y lo ocurrido en la primera instancia, que el sentenciador encuentra que se debate sobre la responsabilidad civil por incumplimiento de obligación contractual, señalando, en consecuencia, que incumbe al demandante probar a plenitud “los tres elementos clásicos: Hecho ilícito, culpa y daño”. Descendiendo a la prueba, y afirmando que la cuestión debatida versa sobre “un tópico científico, que escapa a los limitados conocimientos jurídicos”, el fallo explica que el punto fue sometido a peritaje y que acoge como definitivo el concepto de 27 de marzo de 1996 del Instituto de Medicina Legal, en el que se reputa como “adecuado e idóneo el procedimiento” aplicado a la extremidad fracturada, por hallarlo fundado “en las demás pruebas que obran en el proceso” y en la historia clínica que elaboró el propio demandado, de conformidad con la cual al paciente se le colocó “una férula”, no un “yeso cerrado”, como aceptó, “sin fundamento probatorio alguno”, el dictamen vertido por esa misma institución el 17 de julio de 1995, al que descarta, considerándolo, por ello, afectado de error grave. Agrega el fallador

⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Bogotá, D. C., trece (13) de septiembre de dos mil dos (2002). Ref.: Exp. No. 6199

que el dictamen por él acogido es “prueba irrefragable” que establece, a plenitud, la idoneidad del comportamiento aquí censurado. A lo dicho agrega el juzgador “que los factores determinantes de la desventura de FABIÁN ALBERTO, fueron el manejo que le dieron sus padres al caso, puesto que por tratarse de una urgencia médica debieron concurrir inmediatamente al hospital; además el tratamiento del teguas o sobandero agravó el estado del paciente”. Y apoyado en esa premisa, el fallo concluye que el daño corporal sufrido por el menor y las consecuencias de orden patrimonial allí originadas no son imputables al demandado, “porque lejos de acreditarse la conducta culposa por parte del médico tratante, lo que se probó plenamente fue su adecuado profesionalismo en el manejo de este tipo de casos”.⁷⁹

La parte demandante presenta el recurso de casación fundándose en tres cargos que formuló contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera de casación, de los cuales la Corte, al amparo de la regla 3ª del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 (norma permanente por virtud de la Ley 446 de 1998), integró y resolvió conjuntamente respecto del primero y el tercero.

La Corte inicia luego sus consideraciones diciendo que “para resolver en la forma en que lo hizo, el Tribunal acogió la pericia de medicina legal fechada el 27 de marzo de 1996, aduciendo que ella “está bien fundada en la historia clínica y apoyada en las demás pruebas que obran en el proceso”. Agrega que “la conclusión a que llegó la segunda peritación está afectada por error grave, al aceptar sin fundamento probatorio alguno que a FABIAN ALBERTO se le había aplicado un yeso cerrado, cuestión que no tiene soporte probatorio. En verdad, conforme a la historia clínica se le colocó una férula, que según los técnicos es la conducta a seguir”. Es claro, pues, que, acogiendo la tercera peritación de 27 de marzo de 1996, el Tribunal concluyó que el médico demandado no colocó en la pierna afectada del menor bota alta de yeso, sino simplemente una férula, y es igualmente nítido que para dicho juzgador ese era el tratamiento adecuado a la afección, por lo que para él no emerge responsabilidad alguna.”

Sigue diciendo la Corte que “El ataque, integrado en la forma precedentemente dicha, acusa al fallo del ad quem de haber omitido el examen probatorio de conjunto ordenado en el artículo 187 del C. de P. C., y de dejar de apreciar, así mismo, algunos otros medios de convicción, que lo condujeron a sacar una conclusión contraevidente, toda vez que el médico demandado sí le colocó realmente al paciente una bota de yeso alta.”

⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Bogotá, D. C., trece (13) de septiembre de dos mil dos (2002). Ref.: Exp. No. 6199

Luego de hacer un estudio minucioso de los hechos y las pruebas, la Corte consideró que era pertinente examinar si el tratamiento ordenado por el demandado (yeso circular o bota alta de yeso), según lo estudiado en esa sentencia podría generar un juicio de responsabilidad médica contra el demandado, juicio que en este evento decía la Corte, se hacía absolutamente necesario porque de lo contrario ninguna trascendencia tendría tampoco el yerro imputado al sentenciador, con más veras si, como se sabe, está de por medio la excepción de “culpa de tercero”. Ciertamente el demandado responsabilizó al padre del paciente de no haberlo querido hospitalizar de forma inmediata como él lo ordenó desde la primera consulta, por pretender llevarlo a tratamiento médico a la ciudad de Bucaramanga. Sin embargo, según se vio, esta primera defensa fue descartada porque el acervo probatorio demostraba otra cosa: Que el médico demandado había asumido la responsabilidad de ese tratamiento, en procura de obtener el restablecimiento de la salud del paciente, y que en lugar de férula de inmovilización como supuesto preparativo del susodicho viaje (según su historia clínica), lo que aplicó fue yeso circular o bota alta de yeso, tanto que, a continuación, dispuso reposo (pierna en alto) como medida complementaria, y revisión del paciente a los 15 días siguientes, cuando debería ser llevado de nuevo a su consultorio.⁸⁰

Considera la Corte que “En la forma en que lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad civil el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas. A este respecto la jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. Tomo XLIX, pág. 116) ha sostenido, con no pocas vacilaciones, que la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado; criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. N°

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Bogotá, D. C., trece (13) de septiembre de dos mil dos (2002). Ref.: Exp. No. 6199

5507), en el que ésta puntualizó la improcedencia de aplicar en esta materia, por regla de principio, la presunción de culpa prevista en el artículo 1604 del C.C., al sostener que, de conformidad con el inciso final de dicho precepto, priman sobre el resto de su contenido “las estipulaciones de las partes” que sobre el particular existan, añadiendo por lo consiguiente y no sin antes reconocer la importancia de la doctrina que diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, que “lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma”. Y si bien es verdad que en dicho fallo (30 de enero de 2001) se precisó, en armonía con lo precedente, “que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria” porque es el alcance del contrato particularmente celebrado el que “ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida” y el que permitirá “establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente”, también es de ver que en el mismo pronunciamiento la Corte dejó en claro que por no ser la responsabilidad civil del médico extraña al régimen general de la responsabilidad, respecto de ella “debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil)...”, el que, en los precisos términos de dicha providencia, en algunos eventos debe hacerse actuar en sentido dinámico.”

Continúa la Corte afirmando que “Si, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, este debe, con sujeción a ese acuerdo, **demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido**, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, **salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse,**

como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado.⁸¹ (Negrillas fuera del texto)

En el caso que fue estudiado en esta sentencia, para la Corte fue “evidente que el médico demandado asumió frente al padre del menor la obligación de asistencia profesional de éste en sus fases de diagnóstico y tratamiento, en procura de restablecer su salud, cometido para el que contó, desde el inicio de su intervención, con una placa radiológica tomada previamente en el “Centro de Eco-Radiografías” de la ciudad de Valledupar, y de su correspondiente lectura, suscrita ésta por el doctor Gabriel Pino, en la que se consigna: “Imagen de fractura que compromete tercio medio de la tibia, la cual presenta una apariencia y configuración de tipo oblicuo con mínimo desplazamiento hacia la región posterior. Existe moderado edema de los tejidos blandos, pero se observa marcada tumefacción de los tejidos blandos del cuello del pie, sin que se observen alteraciones en los núcleos de crecimiento a este nivel. ID: FRACTURA DEL TERCIO MEDIO DE LA TIBIA. EDEMA SEVERO DE LOS TEJIDOS BLANDOS DEL CUELLO DEL PIE”. Con fundamento en la lectura de la placa radiológica manifestó el demandado, al contestar la demanda, que ordenó a los padres del menor Fabián Alberto Araque su hospitalización urgente (fl. 104 C. 1), y a “identificar en el menor lo que en la ciencia ortopédica se conoce como SINDROMES COMPARTIMENTALES AGUDOS” (fl. 108 C. 1), para más adelante, al referirse al “tratamiento” que los manuales traen para esa afección, citar de uno de ellos lo siguiente: “Se debe practicar descompresión, fasciotomías amplias, sino, se producirá un proceso de isquemia que se perpetuará espontáneamente, pudiendo instalarse daño irreversible, consistente en contractura isquémica de volkman, necrosis tisular, etc.”.

Luego la Corte transcribe en esta sentencia un testimonio de Medicina Legal, donde terminan concluyendo que el médico cometió un error porque según Medicina Legal “Así que no fue idóneo puesto que no hizo el diagnóstico correcto y eligió mal la conducta terapéutica indicada.”, pero que también hubo “falta del deber de cuidado de los padres que consultan tres (3) días tarde en un paciente con fractura y además lo llevan a sobandero.”

Se concluye en esa sentencia que “Hay falta del deber de cuidado del sobandero que hace ejercicio ilegal de la medicina y produce la aparición de la trombosis al manipular pues aumenta el sangrado, el edema y desalojo de fractura, de la que ignoraba su existencia”. Y “Hay falta a la norma de atención de parte del ortopedista que no hizo el diagnóstico correcto ni pidió exámenes que lo condujera al mismo y si instauró un tratamiento (yeso) que aceleró el

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Bogotá, D. C., trece (13) de septiembre de dos mil dos (2002). Ref.: Exp. No. 6199

cuadro que había originado el trauma mas el sobandero y la demora en la búsqueda de ayuda adecuada”. Dice seguidamente la Corte que “Entonces, si, como surge de las pruebas, el edema de la pierna era entonces considerable y adicionalmente ésta presentaba síndrome compartimental, cuadro clínico-patológico frente al que se prescribió yeso circular, que estaba contraindicado, surge la íntima convicción para la Sala de que únicamente **la conducta culposa del médico demandado es la que explica la causa del daño padecido por su paciente**. Así, el tratamiento ordenado por el demandado (bota alta de yeso circular) constituyó causa adecuada de la producción del daño. La acusación, en consecuencia, prospera.”⁸² (Negritas fuera del texto)

Podemos concluir siguiendo al tratadista Tamayo Jaramillo que la Corte hace también dos grandes pronunciamientos en esta sentencia, primero la Corte reitera que la culpa del médico debe ser probada por el paciente, y segundo la Corte exige la prueba del nexo causal entre la culpa y el daño, pues concluye que, de no haber existido la culpa probada del médico tratante, el daño del paciente no se habría producido, y por esta razón la Corte condenó al demandado porque encontró probados la culpa y el nexo causal entre ésta y el daño.

Posteriormente la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL ha proferido otras sentencias en las cuales ha reiterado su postura, sentencias entre las cuales están la que profiere el 06 de Mayo de 2005, Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA y Ref. Exp. No 760013103010-1996-6503-01, sentencia donde se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2001 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, decisión epílogo del proceso ordinario promovido por Orfa María Pérez de López contra la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva". , en este caso la señora Orfa María Pérez de López presentó demanda de responsabilidad civil extracontractual contra la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva" en la cual reclamó que la jurisdicción diera amparo a que fuera declarado que la demandada causó los daños recibidos por la demandante.

Luego profiere la Sentencia n° 084 del 18 de Mayo de 2005, Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, Referencia: Expediente No. 14415, en la cual se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por los demandados CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DEL PILAR LTDA. y ARMANDO

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Bogotá, D. C., trece (13) de septiembre de dos mil dos (2002). Ref.: Exp. No. 6199

ARDILA CUÉLLAR, contra la sentencia dictada el 27 de julio de 1999, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en el proceso ordinario iniciado por FLORENCIO SÁENZ PEÑA, en su propio nombre y en representación de la menor SHIRLEY SÁENZ RUGE, contra los recurrentes. En este proceso pretendieron los demandantes que, con citación de los demandados, se les declarara civil y solidariamente responsables por la muerte de MARÍA ANA LUISA RUGE ORTEGA, y como consecuencia, que se les condenara a indemnizarles los perjuicios materiales y morales que experimentaron por tal causa. Esta pretensión se fundamentó en que por estar padeciendo fuertes y frecuentes cólicos, entre abril y mayo de 1992, MARÍA ANA LUISA RUGE ORTEGA fue conducida a la clínica demandada, donde fue atendida por su gerente, el Dr. ARMANDO ARDILA CUÉLLAR, quien previo examen, dictaminó que debía ser sometida a una colecistectomía. El 10 de julio se le practicó, por el citado profesional, el procedimiento quirúrgico recomendado, y el 13 de los mismos mes y año se le dio de alta, debiendo ser hospitalizada de nuevo el 15, por sufrir fuertes dolores en el vientre. Pasado un día, se autorizó su salida. Como siguió experimentando dolor "...en la región de la operación", acudió a otras instituciones para tomarse radiografías y exámenes, que no revelaron nada anormal. En octubre de 1992, su deteriorado estado de salud se complicó porque no podía ingerir alimentos, y debido a ello fue llevada otra vez a la institución demandada, donde la atendió su gerente, quien estimó que debía ser operada nuevamente. FLORENCIO SÁENZ PEÑA, su cónyuge, decidió hacerla auscultar por el Dr. LUIS FRANCISCO DELGADO MONSALVE, médico gastroenterólogo del Hospital Militar, galeno que luego de analizar los exámenes y radiografías concluyó que debía ser intervenida de inmediato, "...por un obstáculo que se presentaba adelante del píloro, que no permitía el paso del tubo para la endoscopia". Practicada la cirugía el 4 de noviembre de 1992, bajo la dirección del citado profesional, se le extrajo "...una compresa encapsulada por fibrosis desarrollada en la zona donde se le había practicado la Colecistectomía", elemento que de acuerdo con los resultados de patología, "...generó una PERITONITIS AGUDA CRÓNICA". Tras una ligera recuperación, sumada a la tolerancia a los alimentos, se le dio de alta el 28 de noviembre del mismo año. Sin embargo, la peritonitis aguda y crónica desencadenada por la compresa dejada en su vientre, le originó "...una congestión cardio-pulmonar el día 3 de diciembre de 1992", por la cual debió ser llevada de urgencia al Hospital Militar, ayudada de oxígeno, complicación que no fue posible controlar, pese a los esfuerzos médicos, falleciendo el 6 de diciembre de 1992, a la edad de 40 años, once meses. Los demandados propusieron las excepciones que denominaron ausencia de responsabilidad e inexistencia de la obligación. Pero la Corte termina No Casando la sentencia demandada y quedando así ratificado la posición tanto del juzgador de primera y de segunda instancia en el sentido que "Previas algunas reflexiones sobre el régimen de la responsabilidad extracontractual, precisó que la controversia se situó en ese marco, "...porque el supuesto fáctico no hace referencia a relación contractual alguna ni se enuncia incumplida obligación de la misma índole".

Agregó que se invocó el artículo 2341 del Código Civil, precepto que reglamenta la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio, "...imputable a título de culpa y las pretensiones las formulan miembros de la familia, que con la muerte de su cónyuge y madre, respectivamente, sufrieron perjuicio". Y que "infiendo que no se tuvo "...el cuidado que corresponde desplegar en la actividad quirúrgica ni siquiera el que hubiera desplegado una persona común y corriente colocada en las mismas condiciones externas, porque aún ésta habría tenido la elemental precaución de revisar la cavidad en la que se practicó la operación, mucho más si se trataba de la intervención a una persona obesa como lo afirma el galeno director del acto quirúrgico", descuido que imputó a todo el personal que participó en la operación, pero que consideró de mayor entidad respecto de quienes fungieron como director y primer auxiliar, por tener a su cargo la supervisión de la actividad de los demás."

En esta sentencia se probó el daño y el nexocausal entre la mala práctica médica y el daño conferido.⁸³

Luego profiere la sentencia del quince de enero de dos mil ocho, Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, Ref.: Exp. No. 11001-3103-037-2000-67300-01, donde se decidió el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 12 de julio de 2006, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, epílogo del proceso ordinario promovido por María Ruth Peña González, trámite que tuvo por demandados a la sociedad Opticentro Internacional Ltda., Martha Luz Duarte Díaz, Luis Carlos Iván García Monzón, Carlos Andrés, Felipe, Claudia Patricia García Isaacs y Gloria Jiménez de García. En esta demanda la demandante solicitó que los demandados fueran declarados civilmente responsables y por tanto, condenados a pagar los perjuicios derivados de la mala práctica quirúrgica que realizó la médica Martha Luz Duarte Díaz. Como fundamento de las pretensiones se adujo que el día 19 de agosto de 1998, en la clínica demandada, la médica Martha Luz Duarte Díaz practicó a María Ruth Peña González una cirugía de cataratas en el ojo izquierdo; el ojo derecho había sido intervenido el 5 del mismo mes y año. Luego del procedimiento quirúrgico hecho en el ojo izquierdo y ante los fuertes dolores, la demandante consultó de nuevo a la médica tratante quien prescribió alguna medicina que no consiguió mejoría de la afección, más tarde se recomendó la práctica de una ecografía, la cual tuvo lugar "luego de un sinnúmero de contratiempos".

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente No. 14415

El 10 de noviembre de 1998 la junta médica concluyó que la demandante "presentaba desprendimiento de retina, compromiso de córnea e infección en su ojo izquierdo, de tal magnitud, que se sugirió practicarle enucleación", posteriormente recibió implante de una prótesis o cascarilla. La Clínica informó a la paciente que la operación había fallado "pero que estaban dispuestos a responderle por los daños causados", con este propósito la médica cirujana pagó el valor de la prótesis del ojo. La pérdida de ese órgano de la visión represento para María Ruth Peña González perjuicios graves de todo tipo, por la mengua de la capacidad de trabajo y el padecimiento moral que causa la lesión descrita. La sociedad demandada planteó las excepciones que denominó "inexistencia de la obligación, la actividad médica es de medio y no de resultado, culpa exclusiva de la demandante y la genérica". Asimismo llamó en garantía a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., en este caso la Corte no casó la sentencia demandada y ratificó con ello lo dicho por los juzgadores de primera y segunda instancia donde se dijo que "la causa del daño "tuvo su origen posiblemente en las condiciones físicas del ojo tratado (aún con anterioridad a la cirugía), o en su reacción durante el procedimiento quirúrgico. Y presentado dicho daño, su tratamiento resultó entorpecido y quizás frustrado por la falta de acatamiento o tardanza de la paciente respecto de las órdenes médicas impartidas", por lo tanto, para el Tribunal no hubo **"un error inexcusable por parte del médico tratante durante la segunda operación"**. Es decir no se probó nexo de causalidad entre el daño y la actuación del médico.

Luego de haber identificado, estudiado y analizado las sentencias que consideramos más importantes en materia de responsabilidad civil médica, y haber mencionado otras tres sentencias que Ratifican lo dicho en esas dos primeras, entraremos a estudiar la postura de la Corte Suprema de Justicia en torno a la responsabilidad civil contractual en medicina estética.

Haciendo el barrido en las diferentes bases de datos, encontramos la sentencia del diecinueve de diciembre de dos mil cinco de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, donde la Corte decidió el recurso de casación interpuesto por la señora LINA MARÍA ORTEGA JARAMILLO contra la sentencia del 19 de abril de 2001, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso ordinario adelantado por la recurrente y JHON FREDY GARCÍA RUIZ, en su propio nombre y en el de sus hijos DANNY ALEJANDRA y JHON ESTIBENS GARCÍA ORTEGA, frente a GABRIEL FLÓREZ MANRIQUE.

El caso se describe de la siguiente manera: Mediante demanda asignada al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, los actores solicitaron que se

declarara que el doctor GABRIEL FLÓREZ MANRIQUE era civilmente responsable de los daños que le fueron ocasionados a la señora ORTEGA JARAMILLO, a su compañero permanente y a sus hijos, como consecuencia directa y necesaria del tratamiento médico del que dan cuenta los hechos de la demanda, y que, como consecuencia de lo anterior, se declarara que el demandado estaba obligado a pagar a los demandantes los perjuicios materiales (daño emergente consolidado vencido, daño emergente futuro y lucro cesante, indexados), los perjuicios por daño fisiológico y los de orden moral. Los hechos se detallan así, Lina María Ortega Jaramillo, quien se dedicaba a la explotación de su cuerpo realizando “shows de striptease” en el centro nocturno “American Bar” de la Isla de Aruba, y a “modelar en ropa interior”, en el mes de octubre de 1993 se trasladó a Medellín con el propósito de someterse a un tratamiento encaminado a reducir la acumulación de grasa en su abdomen y el tamaño de sus senos. Para el efecto, contactó al doctor Gabriel Flórez Manrique, especialista en cirugía plástica, a quien hizo saber de su interés por obtener una figura corporal adecuada para su profesión, siendo que el médico le garantizó que con el tratamiento que él emplearía, la paciente obtendría los beneficios buscados. El 3 de diciembre de 1993, día siguiente al que fuera intervenida quirúrgicamente, la señora Ortega Jaramillo fue dada de alta en la Clínica San José.

El galeno aseguró que la operación había tenido éxito y que en poco tiempo culminaría el proceso de cicatrización, ordenando la aplicación de algunos medicamentos y fajas abdominales, lo que atendió la paciente, pero hasta la fecha de la demanda (11 de julio de 1996), “las cicatrices permanecen sin modificación alguna.” “En vista de lo anterior y sin poder activarse laboralmente”, la paciente visitó a otros especialistas quienes se alarmaron ante el resultado de la referenciada intervención y le informaron que ella fue sometida a una abdominosplastia y a una mamoplastia, mas no a una liposucción, como era lo adecuado. Añadió que dichas intervenciones le dejaron como secuelas una fea y notable cicatrización, con una incisión alta en su parte abdominal, que la hace inocultable, y que “una mama quedó más grande que la otra”. La señora Ortega Jaramillo ha sufrido un notorio deterioro corporal y el perjuicio se magnifica si se tiene en cuenta la profesión que ejercía, por la cual podría recibir ingresos superiores a los US 18.000 dólares americanos, trimestrales, requiriendo ahora, para costear otras cirugías de tipo correctivo, la cantidad de \$4'000.000.oo.⁸⁴

⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que la paciente no le informó “que se dedicaba a laborar en bares y que el fin de hacerse la cirugía era para poder desempeñarse como tal”; que a la señora Ortega Jaramillo no le preocupó “el tipo de incisiones que se le marcaron y enseñaron en diagramas y en las fotos, pues no las objetó pese a habersele explicado ampliamente en donde se localizarían, diseñándolas con medidas sobre sus propias fotografías preoperatorias, las que se anexan como prueba de que es cierto que se le enseñaron frontal y lateralmente, indicándole además la resección de tejido dermograso”, y que el “cuerpo estético” de la demandante no era muy adecuado para su profesión porque a su “baja estatura” se sumaban, como podía apreciarse en las anunciadas fotografías, “senos hipertróficos y ptóticos (caídos), abdomen y caderas globulosos, brazos y piernas con exceso de tejido adiposo, cuello corto y grueso, cara redonda y llena”, de donde era improbable que devengara las sumas en que se fundó la reclamación por lucro cesante, máxime si se tiene en cuenta que ante el galeno aseguró ser una ama de casa de escasos recursos económicos y no pagó la totalidad de las obligaciones económicas que asumió frente a la clínica donde fue intervenida, ni los honorarios causados a favor del médico hoy demandado, quien jamás le garantizó a su paciente el resultado de la intervención quirúrgica.

También anotó el demandado que en forma detallada ilustró a la paciente con diagramas y dibujos sobre el tipo de incisiones que era inevitable efectuar para llevar a cabo las aludidas cirugías, poniendo de presente que como “ninguna cicatriz desaparece”, algunas suturas se harían de tal manera que pudieran ser cubiertas con ropa interior moderna; que, además del reposo y cuidados propios de las cirugías practicadas, le advirtió también sobre las eventuales complicaciones inherentes a los procedimientos, como hematomas, dehiscencia de suturas, abscesos e infección de las heridas quirúrgicas, sufrimientos de colgajos, cicatrización irregular (queloide o hipertrófica), etc. “Consciente de todo lo que se le había explicado”, agregó el opositor, “sin ningún apremio y en forma voluntaria acepta someterse a los procedimientos indicados y corriendo todos los riesgos inherentes a los mismos, por lo cual se ordenan exámenes prequirúrgicos, fotografías y faja abdominal sobre medida”.

Las comentadas cirugías se practicaron con éxito, puesto que “de la mama derecha se resecó y extrajo 560 gms de tejidos de piel, grasa y glándula mamaria; de la mama izquierda 500 gms; en abdomen, se resecó y extrajo un excedente de tejidos de piel y grasa de 950 gms y se realizó plicatura de la línea media abdominal, corrigiéndose la separación de los músculos rectos abdominales causada por sus dos embarazos”. Añadió que Lina María tampoco cumplió con las prescripciones médicas postoperatorias; que el médico no actuó con negligencia, impericia o imprudencia; que la primera tampoco volvió a las citas de control, ni canceló la totalidad de los honorarios profesionales,

incumpliendo así de manera unilateral el contrato que la vinculaba con el galeno. Así las cosas, agregó, “se realizó lo planeado, ofrecido y aceptado por la paciente”, quien bajó en más de 2 kilos su peso corporal, obteniendo la “consecuente modelación de las zonas implicadas y con la reducción del diámetro abdominal en más de 8 cms”. Insistió la parte demandada en que el médico explicó exhaustivamente a la señora Ortega Jaramillo “los problemas y complicaciones postoperatorios, teniendo en cuenta lo difícil de su caso, por ser obesa y tener las secuelas originadas en los embarazos y lactancias de sus hijos, que no sólo le habían originado hipertrofia mamaria sino una ptosis marcada de sus senos con abundantes estrías”. Recalcó el demandado que la paciente incumplió con su obligación de acudir a las citas de control postquirúrgico, al punto que su última visita al consultorio del galeno tuvo lugar el día 14 de febrero de 1994, es decir, apenas dos meses y doce días después de la cirugía, siendo que el proceso de cicatrización de la misma tomaba, por lo menos, unos seis meses, razón por la cual, concluyó, el médico quedó sin “oportunidad de atender cualquier contingencia que se presentara para la complementación de los procedimientos quirúrgicos realizados”. Adicional a estos mecanismos de defensa, la parte demandada presentó demanda de reconvencción alegando perjuicios por haber sido demandado.⁸⁵

La sentencia de primera instancia fue desestimatoria de ambas demandas, decisión que, apelada por los promotores de la demanda inicial, confirmó el juez de segunda instancia. Las razones del tribunal para confirmar se pueden resumir en que la Corte Suprema de Justicia ha realizado algunas reflexiones que en materia de responsabilidad médica, según las cuales, entre otros asertos, en algunos casos, **como la intervención quirúrgica con fines estéticos, el médico asume una obligación de resultado, por manera que si éste no se obtiene, tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que logre demostrar caso fortuito, fuerza mayor o la culpa de esta última.** Y en el hecho que el demandado, para eximirse de la reclamada declaración de responsabilidad civil, le atribuyó a la paciente el haber incumplido el negocio jurídico entre ellos celebrado, pues aseguró que aquella no pagó la totalidad de los honorarios pactados; no guardó el reposo requerido para su plena recuperación; subía y bajaba escaleras frecuentemente; no asistió a todas las citas médicas de revisión y control de los resultados y de ponderación sobre la conveniencia de otras cirugías, etc.

Los supuestos fácticos de las reseñadas defensas, aseveró el juzgador de instancia, luego de invocar el artículo 177 del C. de P. C. y la figura de la

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

carga dinámica de la prueba, debían ser acreditados por el demandado. Sobre estos particulares, añadió que debían tenerse por ciertas “las afirmaciones que sustentan la excepción de incumplimiento del contrato por parte de la demandante”, por cuanto el compañero permanente de la paciente, a la vez litisconsorte voluntario de ésta, dejó de asistir a la audiencia programada para que absolviera su declaración de parte. Del mismo comportamiento procesal omisivo del señor García Ruiz, el Tribunal infirió que en armonía con el artículo 196 del C. de P. C., la confesión ficta así deducida, frente a los demás demandantes (litisconsortes facultativos), “se valora como si fuera el testimonio de un tercero”. Anotó que “no existe prueba que infirme la confesión ficta de García Ruiz, y con respecto a su valoración como declaración de tercero, por provenir de quien es el compañero de la actora adquiere gran importancia, aunado al hecho de que la co-actora ha debido demostrar que sí se cumplió con las obligaciones que el accionado imputó insatisfechas: el pago del precio, los cuidados requeridos para la recuperación y la asistencia a las citas postoperatorias”.

Este proceso fue demandado en Casación con un único cargo, formulado con apoyo en la causal primera de casación, la recurrente acusó al sentenciador de segunda instancia de haber incurrido en error de derecho, con vulneración de los artículos 196 y 210 del C. de P. C., y por error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba de confesión del litisconsorte facultativo (por omisión de un medio que la infirmaba), infringiendo, por falta de aplicación, los artículos 1602, 1603, 1613 a 1615 del Código Civil, 194, 195, 201, 203 del C. de P. C. y 16 de la Ley 446 de 1998; y por aplicación indebida los artículos 1609 de Código Civil, 210 y 50 del C. de P. C.⁸⁶

La Corte considero que primero se debía admitir que el juzgador de segunda instancia incurrió en error de derecho cuando, a la confesión ficta que dedujo respecto del señor García Ruiz por su incomparecencia a rendir declaración de parte, le dio el mérito de testimonio frente a la señora Ortega Jaramillo. Para la Corte las cosas eran de ese modo por cuanto -contrario a lo que acontece frente a confesiones expresas-, el recto entendimiento del artículo 196 del C. de P. C., no permite entender que la confesión ficta de un litisconsorte facultativo tiene, frente a los demás, el alcance de un testimonio. Para la Corte cierto es que al prever que la confesión de uno de los litisconsortes facultativos tendrá con relación a los otros el valor de un testimonio, está consagrando simplemente un símil enderezado a determinar su valor probatorio, sin que ello

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

implique que se le esté atribuyendo la naturaleza de tal; por supuesto que asimilar no es lo mismo que identificar, por manera que no cabe concluir que para que se dé el susodicho efecto, la confesión del litisconsorte deba estar precedida de la totalidad de las características y solemnidades inherentes a la prueba de testigos. Por esto encuentra la Corte que para que a la confesión de un litigante pueda concedérsele el valor de un testimonio respecto de sus litisconsortes facultativos es menester que aquella corresponda a la versión expresamente dispensada por el litisconsorte 'confeso', acerca de los hechos y circunstancias susceptibles de dilucidar con apoyo en la prueba testimonial, pues, por elemental sustracción de materia, si la susodicha confesión no deriva de una explicitada declaración sobre los hechos de incidencia en el litigio - efectuada por quien puede disponer de sus propios derechos litigiosos, pero no de los de sus litisconsortes-, no habría nada sobre qué aplicar ese valor de testimonio.

En otras palabras la Corte dice que por antonomasia, la confesión ficta sólo puede ser concebida en contraposición con la expresa y, por lo mismo, no obedece a la puntual y exteriorizada declaración del 'confeso' con relación a los hechos litigiosos que puedan ser acreditados por ese conducto. Por el contrario, la reseñada ficción, por ser tal, implica precisamente que se tengan por ciertos los hechos sobre los que el litigante sancionado de esa manera fue renuente a declarar, lo que vale decir, como sin duda se deduce del artículo 210 del C. de P. C., que para la estructuración de la confesión ficta es requisito sine qua non, que ya por ausencia injustificada a rendir su declaración, o por la simple renuencia a responder o por brindar respuestas evasivas, el citado con esa finalidad no absuelva su interrogatorio en forma concreta y responsiva, como a la sazón lo impone el artículo 208, ibídem, en sus incisos cinco y seis.⁸⁷

Según la Corte Suprema de Justicia, la versión del litigante confeso debe ser, para los efectos del artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, expresa y no supuesta; se insiste, amén de personal, pues la utilidad de un testimonio sólo es susceptible de rescatar cuando quien lo brinda ilustre sobre su particular conocimiento acerca de los hechos o circunstancias de tiempo, modo y lugar que revistan interés en la definición del proceso, sea por haberlos percibido personalmente, o por haberse enterado de ellos, 'de oídas'. Comporta lo hasta ahora afirmado, que la versión de la parte está sujeta a dos reglas de carácter general, que, mutatis mutandis, son comunes a la prueba testimonial y a la confesión judicial expresa: Que sea expuesta, exteriorizada o vertida por la persona o parte de quien procede, y que, cuando es judicial, esté antecedida de

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

la solemnidad del juramento. La Corte precisa que en las hipótesis que ameritan la sanción antes mencionada, acorde con el artículo 210 del C. de P. C., no es la confesión en sí lo que se supone, sino la veracidad de los hechos sobre los que ésta recae. Visto desde otro ángulo, el proceder del litigante remiso no da lugar a presumir que éste manifestó que eran ciertos los hechos sobre los que debió haber declarado; lo que la ley presume, reunidas las demás exigencias del caso, claro está, es ni más ni menos, que son ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión.

Considera entonces esta Corte que, desde esta perspectiva, se itera, de la confesión ficta de un litisconsorte facultativo no es factible deducir, respecto de las demás personas que compartan esa calidad, el valor probatorio de un testimonio, puesto que aquella no involucra ninguna declaración del remiso relacionada con los hechos para cuya demostración pueda ofrecer utilidad la prueba testimonial. Es más, dicha confesión ficta puede recaer sobre circunstancias que son completamente ignoradas por aquel a quien se tiene por confeso, en aplicación del artículo 210 del C. de P. C, o por lo menos, sobre hechos de los que el renuente no vertió ningún tipo de declaración, pues el ordenamiento no ha consagrado excepciones sobre este último particular. En verdad, la referida confesión ficta se asimila a la expresa únicamente en lo relativo a su vigor probatorio, pero tanto intrínseca, como extrínsecamente, son claramente distintas; por supuesto que además de no comportar una deposición fáctica ni, obviamente, la explicitud de conocimiento sobre ciertos hechos, tampoco comparten las mismas exigencias formales. Y justamente tal disimilitud sobre esos dos aspectos impide atribuirle la eficacia del testimonio.

Considera entonces la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que de acogerse un criterio similar al que tomó el juzgador ad quem pueden comprometerse seriamente las garantías constitucionales de los litisconsortes, en especial cuando no obstante figurar en el mismo extremo del litigio tengan, por razones de diferente naturaleza, intereses dispares o se encuentren en situaciones de clara desemejanza, donde la suerte de alguno, incluso en la hipótesis de una sentencia adversa, sea diametralmente distinta a la de otro, ya sea, por ejemplo, por razón de sus condiciones económicas, por la posibilidad de alegar un hecho exceptivo que sólo a él favorezca o, por qué no, por connivencia con la contraparte, etc., circunstancias todas éstas que lo conducirían a desdeñar los efectos de la confesión ficta que en su contra podría desgajarse, en notorio perjuicio de los demás litisconsortes. Bien puede acontecer, dice la Corte entonces, en situaciones como las aludidas, por vía de ejemplo, y ante la ausencia de pruebas que dilucidan elocuentemente los aspectos de interés del litigio, que un litisconsorte facultativo quede a merced de otro litigante renuente a rendir su declaración de parte, resultando así

sancionado el primero, por la omisión o incuria del segundo, lo que es extraño en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para la Corte no parece plausible, por consiguiente, que se extiendan a terceros los efectos desfavorables que se imponen a quien ha incumplido una carga procesal, máxime si la declaración del litisconsorte encaminada a desvirtuar los efectos de la confesión ficta de su colitigante no es suficiente para lograr tal propósito dado su carácter favorable al declarante. No parece atinado, hay que subrayarlo, darle alcances que van más allá de lo razonable a un acto dispositivo (en cuanto regulación de los intereses propios) de uno de los litisconsortes en detrimento de los demás; por supuesto que cada cual debe asumir la responsabilidad por lo que hace o deja de hacer en el proceso. Por todo esto considera la Corte que nada impide, de todos modos, que pueda el juzgador, dependiendo de las singularidades que ofrezca cada caso, inferir de la inasistencia de uno de los litisconsortes facultativos a rendir el interrogatorio al que ha sido citado, un indicio en contra de los demás, si a ello hay lugar, como acontecería, v. gr., cuando obedece a una conducta deliberada de todos los litisconsortes para obviar la declaración de alguno de ellos, indicio cuya gravedad dependerá de las particularidades del caso.

La Corte adiciona un ligero análisis de los elementos que estructuran la responsabilidad médica patrimonial referidos a este caso y que conciernen, principalmente, a la prueba del incumplimiento contractual que fuera atribuido al demandado y al daño sufrido por su paciente, quien era la única recurrente en casación. **La Corte en oportunidades anteriores ya las había mencionado, en especial, en su fallo del 30 de enero de 2001, que con miras a establecer la eventual responsabilidad del galeno, y su alcance, es indispensable entrar a reparar, en cada caso específico, en la naturaleza y contenido de la relación sustancial que lo vincule con el paciente; que solo por tal conducto sería factible dilucidar cuáles son las prestaciones a cargo del médico y -lo que usualmente ofrece gran utilidad en orden a definir litigios de esta especie- si las obligaciones adquiridas por el respectivo profesional de la salud son de medio o de resultado, esto último cual acontece con frecuencia tratándose de cirugías plásticas con fines meramente estéticos.**⁸⁸

La Corte manifiesta en esta sentencia que unido a lo anterior, donde no siempre las cirugías plásticas con fines estéticos terminan en obligaciones de resultado,

⁸⁸CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

también se aúna que en materia de contratación de intervenciones quirúrgicas, **las partes son las llamadas a expresar en qué términos comprometen su voluntad**, cuya expresión prevalece según regla general que caracteriza el derecho privado en el ordenamiento colombiano (art. 1602, C. C.), emerge como verdad de a puño que es ineludible explicitar con claridad el contenido del negocio jurídico bilateral celebrado entre las partes, en especial, lo atinente a las prestaciones **contractuales** a las que se obligó el médico, todo con arreglo a la prueba recaudada y a los principios de orden probatorio al caso, incluyendo, desde luego, los contenidos en los artículos 174 y 177 del C. de P. C., debiéndose destacar que en el caso de esta sentencia ninguna de las partes alegó, ni tampoco se acreditó, que el negocio jurídico entre ellas convenido se hubiera reducido a escrito.

Sobre el caso particular que se toca en esta sentencia, en la demanda se sugirió que **el médico se obligó a mejorar en grado ostensible la imagen corporal de la paciente, reduciendo la acumulación de grasa en su abdomen y el tamaño de sus senos** y que ésta fue sometida a una abdominoplastia y a una mamoplastia, pero no a una liposucción, como era lo adecuado, según posteriormente se lo hicieron saber otros especialistas a la señora Lina María, quienes se asombraron por los resultados de la gestión del hoy demandado y del estado de la cicatrización de las referenciadas intervenciones. Por su parte, en la contestación de la demanda se sostuvo que **los contratantes convinieron, no los resultados aducidos por la parte actora, según la cual, luego de las cirugías en cuestión, Lina María quedaría con el cuerpo de una modelo profesional, apto además, para ejercer con atractivos incentivos económicos sus actividades de nudismo y modelo profesional sino, en forma más específica, la práctica de los siguientes procedimientos: Una cirugía reductiva de mamas y levantamiento de las mismas” (mamoplastía de reducción); reducción del tamaño del complejo areola-pezón; una abdominoplastia, enderezada a eliminar la porción infraumbilical del panículo dermograso y disminuir las estrías postembarazos, lo mismo que la corrección de la diástasis de los músculos rectos abdominales (plicatura de la línea media).**

Puede observarse que en este caso, y dado que no existía prueba escrita de las obligaciones contractuales, hay dos versiones de las obligaciones de resultado, y es por eso que luego de estudiar estas dos posiciones y del acervo probatorio existente en el proceso, la Corte considera que dada la determinación del contenido de la contratación médico-paciente, principalmente en cuanto interesa a la identificación de las prestaciones a cargo del doctor Flórez Manrique, a la manera como éste las acometió y a los resultados obtenidos, **la versión que encuentra respaldo probatorio suficiente es la dispensada por el galeno y no la brindada en la demanda principal.** Para la Corte es importante que a pesar que en la sentencia de primera y segunda instancia se

impuso la absolución de la parte demandada, ello no devenía, como en forma poco afortunada lo dedujo el Tribunal, de la acreditación del soporte fáctico de la 'excepción' que encontró próspera, concerniente al comportamiento contractual de la paciente, sino simplemente al **hecho indiscutible de que no se estableció que el médico hubiera dejado de atender las obligaciones que adquirió a favor de aquella, o que los procedimientos quirúrgicos llevados a cabo causaron a Lina María perjuicios de orden moral o patrimonial cuyo resarcimiento debiera imponerse al doctor Flórez Manrique.**⁸⁹

En otras palabras, considera la Corte que no se probó el incumplimiento contractual por parte del médico, o el nexo causal entre los procedimientos realizados por el médico y los perjuicios que dice la demandante se le ocasionaron. La Corte lo deduce porque en **el expediente no obra elemento de convicción alguno que corrobore lo dicho por la señora Ortega Jaramillo, acorde con lo cual, el cirujano plástico demandado se obligó, en forma expresa, a que, después de las intervenciones que le serían practicadas a la paciente, no subsistirían cicatrices de ninguna índole, o que Lina María quedaría con una figura corporal adecuada para ejercer con éxito la profesión de modelo, o simplemente sus actividades de nudista con alta remuneración económica.**

Termina la Corte precisando que la demandante tuvo un proceder omisivo en el proceso de primera y segunda instancia, para realizar evaluaciones por peritos y probar así sus afirmaciones, hecho que condujo a que no solamente no se lograra la demostración de sus afirmaciones, sino que, además, se devolviera en su contra como un indicio; en términos generales, la señora Ortega Jaramillo se abstuvo de colaborar eficazmente en la búsqueda del respaldo probatorio de los hechos que hubieran podido comprometer la responsabilidad patrimonial de su contraparte; en la demanda principal alegó que antes de las cirugías hizo saber al galeno de su condición de modelo de ropa interior femenina, la que repudió en su interrogatorio de parte, cuando precisó que "yo del modelaje no le comenté al doctor (el aquí demandado); yo le dije que yo bailaba como estristesera (sic) y creo que es como la misma cosa", y que en el mismo interrogatorio sostuvo que el hoy demandado le dijo que las cirugías que dieron lugar al litigio, "no iban a quedar cicatrices"; para luego admitir, en forma contradictoria, que el galeno sí le advirtió que quedarían, "pero que éstas iban a quedar muy delgaditas", ofreciendo después una tercera versión también diferente, según la cual "él me dijo que tenía que cortar y yo le dije que no

⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

porque esas cortadas eran muy grandes, que si era necesario, y él me dijo que sí, que eso era así”. Lo anterior, pasando por alto que sin justificar su omisión, la señora Ortega Jaramillo dejó de comparecer a rendir su declaración de parte en la fecha programada para el efecto por iniciativa del demandado, y que fue solo posteriormente, ante la insistencia oficiosa del juez a quo, que la interpelada acudió, ahí sí, a absolver el susodicho interrogatorio, todo lo cual es claro reflejo de un comportamiento procesal ambiguo y omisivo que por las prenotadas razones no puede redundar en beneficios para la parte que incurrió en él.⁹⁰

Para la Corte es de sumo interés detenerse un tanto en la conocida **figura del consentimiento “informado” o, con mejor denominación, “ilustrado”, débito de singular importancia en el ejercicio de la actividad médica que sin duda pesa sobre quien presta tan caro servicio, quien corre además con la carga de su acreditación** (art. 177 del C. de P. C el cual predica: **CARGA DE LA PRUEBA**. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...). Ese imperioso deber, cuya satisfacción, por regla, ha de remontarse a las etapas anteriores a la ejecución del acto médico, pero no se extingue del todo, necesariamente, durante los periodos subsiguientes, no emergía para nada ajena al evento sub lite, respecto de la cual no se avizora la presencia de circunstancia alguna que autorizara prescindir de la aludida prestación. Por ello, la Corte dice que sobre **el médico pesaba satisfacer ese deber de ilustración acerca de la naturaleza, riesgos, inconvenientes, ventajas y expectativas de las intervenciones quirúrgicas a practicar a la señora Ortega Jaramillo, como presupuesto indispensable para obtener el consentimiento de la paciente**, abriendo el paso, así, a la configuración del acuerdo de voluntades cuya ejecución motivó la presente controversia. La Corte considera que **no se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie -y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recaen nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas**, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica.

Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocer al usuario todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas. Trasladado al caso de esta sentencia, es de suponer que la aquiescencia de la paciente a que fuera intervenida por el demandado, como a la postre aconteció, hacía indispensable que este último la hubiera ilustrado, en detalle, acerca de la forma como serían acometidas las cirugías, los cortes o incisiones que ellas imponían, la notoriedad de las huellas o cicatrices que dejarían las mismas, la imposibilidad de evitarlas, la afectación que ello hubiera podido generar, externamente en su cuerpo, lo atinente al proceso de recuperación y sus posibles complicaciones, etc., confrontándolo con otras alternativas que la ciencia médica pudiera ofrecer para ese entonces. No podría accederse, entonces, a la voluntad de la paciente, con la escueta promesa de un posible o repentino embellecimiento, **no garantizado por lo que en materia de estética corporal humana ofreciera la ciencia médica del momento**, pues amén de que con ello se abriría paso a un verdadero tráfico de ilusiones, se desconocería que en principio, dependiendo del contenido del negocio jurídico, **es de resultado la obligación del cirujano adquirida en esos términos**, a la vez que ello sería privilegiar el ánimo mercantilista en las actividades de este linaje, cohonestando con los insanos propósitos de quienes, asumiendo un rol que luce más cercano al de simples mercaderes de la medicina que al preclaro ejercicio de su profesión, quisieran aprovecharse de aquellas personas que, por convicción propia o porque su albedrío ha sido nublado por los mandatos a veces caprichosos de la moda, o por qué no, por razón de la publicidad poco fiable, tienen como deseo, ilusión o expectativa convertir o adecuar su silueta a lo que, dentro de un ambiente de mercado consumista, aquella recomienda, con frecuencia a costa, inclusive, de su salud y estabilidad emocional.⁹¹

Aquí podemos proceder a sacar algunas conclusiones referentes a la responsabilidad civil en los casos de tratamientos o cirugías plásticas con fines estéticos: Es **contractual**, y para ello debería quedar consignado en un documento que contenga las obligaciones de ambas partes, con el objeto de probar la obligación contractual de cada una de las partes; además debe el médico informar con detalle y total honestidad cómo serían acometidas las cirugías, los cortes o incisiones que ellas imponen, la notoriedad de las huellas o cicatrices que dejarían las mismas, la imposibilidad de evitarlas, la afectación que ello hubiera podido generar, externamente en su cuerpo, lo atinente al

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

proceso de recuperación y sus posibles complicaciones, etc., confrontándolo con otras alternativas que la ciencia médica pudiera ofrecer para ese entonces, pues como la Corte considera que casi siempre se trata de obligaciones de resultado, es importante que el médico enfatice en el resultado real de estos procedimientos, y por qué no, sería mucho mejor consignarlos en un escrito que le entregará al paciente con el objeto de obtener de él su consentimiento.

En el caso de esta sentencia, la Corte consideró que el médico sobre quien gravitaba la carga de asumir y acreditar ese deber de información, si cumplió con tal gravamen, en forma tal que, con conocimiento de causa pudo la paciente optar por otros tipos de procedimiento menos invasivos, o que hicieran previsible un resultado de cicatrización más benévolo, o simplemente, decidir que no se sometía a ninguna cirugía, atendiendo la afectación y demás desventajas inherentes a las practicadas por el demandado. Por todas esas razones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil no casó esa sentencia.⁹²

Reafirmando lo esbozado hasta ahora, dice Wilson Ruiz en su texto “LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA” que fruto de la jurisprudencia y la doctrina en nuestro país 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.⁹³

⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01

⁹³ RUIZ, Wilson. “LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA”. 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. En: www.puj.edu.co/banners/LA_RESPONSABILIDAD.pdf

8. A MANERA DE REFLEXIÓN Y CONCLUSIÓN

Desarrollado el tema objeto del presente trabajo, es importante para nosotros realizar una reflexión personal sobre el mismo y presentar algunas conclusiones.

Después de un profundo análisis de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil en el acto médico de la cirugía plástica, entendemos por **Responsabilidad civil** la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros, por un hecho ilícito o por un riesgo creado. En el caso concreto de la responsabilidad del médico, es la obligación que tiene éste de reparar o indemnizar los daños o perjuicios personales (tanto en su salud, como económicamente), que llegaran a producirse durante el diagnóstico o tratamiento médico en agravio del paciente, derivados de un hecho ilícito o de la creación de un riesgo.

Doctrinalmente se considera que hay ilicitud en la relación jurídica contractual entre el médico y el paciente, cuando el médico no cumple con sus obligaciones, es decir: Cuando presta sus servicios de manera deficiente o negligente, sin poner tampoco todo su conocimiento científico y técnico al servicio del paciente durante el desempeño del diagnóstico y tratamiento; cuando no informe al paciente sobre el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad; cuando revele los secretos íntimos de sus pacientes sin su consentimiento.

Las opciones que existen de indemnizar son de dos tipos: Efectuar una reparación natural o hacerlo por otra equivalente. La primera tiende a borrar los efectos dañosos, restableciendo las cosas a la situación que tenía antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados. Al no ser posible la reparación del daño en su naturaleza, se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente de los derechos o intereses afectados (dinero: se le pagan los daños y perjuicios, previa estimación legal de su valor).

La culpa se produce por la conducta errónea del médico en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su negligencia en alguna intervención quirúrgica,

o bien, por su falta de cuidado en cualquiera de las fases temporales de la relación entre médico y paciente.

La **imprudencia** ocurre cuando el médico no efectúa todos aquellos estudios y análisis clínicos previos a una intervención quirúrgica, debiendo prevenir cualquier suceso durante la intervención, la cual al ocurrir, no pudo el médico solucionar. Por ejemplo, al realizar una operación, el médico se equivocó en suministrar la dosis indicada de anestesia, produciéndole la muerte al paciente y, por consiguiente, tiene la responsabilidad civil de indemnizar a los familiares del difunto.

Finalmente, **el daño** es una pérdida o menoscabo que sufre el paciente económico, moral, emocional o en su estado de salud.

No cabe duda que el tema de la responsabilidad civil de los médicos ha preocupado profundamente a los juristas. A la hora de delimitarla en nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos, en primer lugar, con el sistema de la denominada responsabilidad objetiva, que persigue proyectar sobre el agente causante directo o indirecto de un evento dañoso o perjudicial las consecuencias económicas del daño, lesión o perjuicio, con absoluta independencia de la intencionalidad, diligencia o negligencia de su conducta,

Es evidente que al cirujano ordinario no se le va a exigir una obligación de resultado. La cuestión polémica es si al cirujano estético se le puede o no exigir. El cirujano estético queda ligado, como todo médico, a la obligación de hacer pero, en este caso concreto y a diferencia de otros facultativos, su obligación de hacer no es libre, o al menos totalmente libre, en tanto queda condicionada por unas exigencias del paciente. El paciente de estética, indirectamente, está diciendo qué quiere y cómo lo quiere, lo que supone influir en un método o técnica que restringe, de algún modo, la libertad del profesional.

En el contrato de prestación médica, el enfermo confía en el facultativo, quien se obliga a cuidarle personalmente, con derecho al abono de unos honorarios.

Es correcto distinguir, dentro del ámbito de la cirugía estética, la gravedad de la intervención, entendiendo que hay una responsabilidad en los resultados en aquellas operaciones graves que tengan una finalidad puramente estética, o descartando del concepto de obligación de resultado aquellas intervenciones que tratan de corregir imperfecciones físicas que ejercen importantes repercusiones psíquicas o para evitar deformaciones horribles.

¿Puede hablarse, en consecuencia, de una obligación de resultado para el cirujano estético?. Desde nuestro punto de vista, sería sumamente riguroso exigirle al cirujano estético, siempre y en todos los supuestos, una obligación de resultado. Hay que pensar que no siempre se puede asegurar o garantizar al paciente un resultado favorable. Ello depende de múltiples factores, entre ellos la capacidad reactiva del propio enfermo, que constituye, sin duda, un factor que no se puede prever de antemano.

Es conocido que, en la actualidad, muchos licenciados en medicina y cirugía practican ciertas técnicas de cirugía menor, con los consiguientes riesgos de impericia, al desconocer la técnica o mal conocedores de la misma. En el ámbito de la cirugía estética, este hecho es muy frecuente, porque, nos guste o no, la estética se ha convertido en una moda y muchas personas acuden a la cirugía estética para intentar mejorar su aspecto físico.

A manera de conclusión y para responder la pregunta de investigación: **¿Cuál ha sido el criterio y la interpretación adoptados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con la legislación sobre la responsabilidad civil contractual en el acto médico de la cirugía plástica en los fallos proferidos durante los años 2004 a 2008?** se logró dilucidar lo que a continuación relacionamos:

Para la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba pertenece al médico si hubo vínculo contractual y la prestación prometida acarrea una obligación de resultado, pero, si siendo contractual el vínculo, la obligación es de medio, corresponde al paciente la carga probatoria, al igual que en los vínculos extracontractuales.

La Corte Suprema de Justicia, en las últimas sentencias proferidas, acepta el criterio de la carga dinámica de la prueba, en el sentido de que ambas partes deben aportar pruebas en el proceso, para lograr así determinar con certeza la culpa o la inocencia del médico.

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han brindado un manejo opuesto a la carga probatoria, pues mientras que en la primera aplican el criterio de la falla probada, en el segundo se aplica el criterio de la presunción de la falla en el servicio.

En consecuencia, habría de entenderse que en las obligaciones de medio, el demandante debe probar que el médico no actuó en su desempeño profesional con la diligencia de un buen padre de familia, esto es, que actuó con culpa. Por el contrario, si la obligación es de resultado bastará con que el actor pruebe que el resultado convenido no se produjo, el demandado asumirá responsabilidad civil, lo que demuestra que en el presente caso opera la presunción de responsabilidad de que habla el artículo 1604 del Código Civil, la cual solo se desvirtúa con la prueba del rompimiento del nexo causal.

La obligación de medios se presenta cuando el paciente para salvar su vida o para mejorar su calidad, requiere necesariamente la asistencia médica; en cambio, la obligación de resultado se presenta cuando, sin ser absolutamente necesario, el paciente acude al galeno para que realice una intervención que cambie su aspecto físico o transforme una de sus funciones normales.

GLOSARIO

ex profeso:	De forma expresa y exclusiva
<i>In Potentia:</i>	En general, potentia significa una aptitud para cambiar, para actuar o para ser influido, para otorgar o recibir alguna determinación nueva.
<i>Intuito Personae:</i>	Esto es teniendo en cuenta, prevalentemente, las condiciones personales del profesional de la medicina (experiencia, prestigio, atención dispensada, etc).
<i>de moyens:</i>	De medios
<i>de resultat:</i>	De resultado
<i>No empece:</i>	No obstante
<i>Lex Artis:</i>	O "estado del arte medico" no es sino el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas debe aplicarlos diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptadas por sus pares.

BIBLIOGRAFÍA

BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso, Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CONSEJO DE ESTADO. Octubre siete (7) de Mil Novecientos Noventa y nueve (1999). Magistrado: María Elena Giraldo Gómez. Referencia: Expediente No. 12655. Actor: Bernardo Roldán Y Otros. Demandado: Instituto Metropolitano De Salud De Medellín (METROSALAUD) - Instituto De Seguros Sociales (I.S.S).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera Agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 6754.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Julio trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995): Expediente N° 9848.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, Distrito Capital, Sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497- 01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, Sentencia del quince de enero de dos mil ocho. Ref.: Exp. No. 11001-3103-037-2000-67300-01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., Sentencia del treinta (30) de enero de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5507.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Bogotá, D. C., Sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil dos (2002). Ref.: Exp. No. 6199

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, Sentencia del 06 de Mayo de 2005. Ref. Exp. No 760013103010-1996-6503-01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar Bogotá, D.C., Sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente No. 14415.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, D.C., Sentencia del 14 de marzo de 1942.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Bogotá, D.C., Sentencia del 2 de junio de 1958.

COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones de la Palma, 1958

DEMOGUE, René. Traite des obligation en general, t V, Paris, Armand Colin, 1980, núm 1237, citado por Tamayo Jaramillo, Javier, Op. cit., p 290.

GUZMÁN, Mora Fernando. FRANCO, Delgadillo Hernando. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Tomo II. Editorial Biblioteca Jurídica. 2004. p.293 – 300.

JARAMILLO, J., Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico – paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2008. p.366 – 382

MARTÍNEZ, Rave Gilberto. El perjuicio y su evaluación, Responsabilidad civil médica en los servicios de salud, primera edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1993.

MASSON. Cirugías plástica, Reconstructiva y estética. Barcelona.1994. p 102 y ss.

MAZEAUD, Henri y LEÓN - TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual 5° edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1962.

OVALLE, Favela José. Derecho procesal civil. México D.F.: Editorial Melo, 1991

REVISTA MÉDICO-LEGAL. VIII N° 1. Enero – Abril. 2002.

RUIZ, Wilson. “La Responsabilidad Médica en Colombia” 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. En: www.puj.edu.co/banners/LA_RESPONSABILIDAD.pdf

SERRANO, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Bogotá. Editorial Doctrina.2000.

STANDDAP, Ewald. Cómo preparar monografías e informes. Editorial Kapelusz. Buenos Aires (Argentina) 2002.

TAMAYO, Jaramillo Javier y otros. Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Primera edición. Medellín: Librería jurídica Diké: Medellín, 1993.

TAMAYO, Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 1999, Tomo I. P. 12

TAMAYO, Jaramillo Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

TAMAYO, Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Segunda Edición. 2007. Legis. Bogotá.

VÁSQUEZ, Ferreira Roberto. Prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1992.

www.plasticayestetica.com/. Médico Cirujano. Ricardo Lancheros. Cirugía Plástica y Estética. Centro Colombiano de Cirugía Plástica. Santafé de Bogotá. Consultado en Mayo de 2008.