

**¿SE PUEDE CONSIDERAR LA ACTIVIDAD MÉDICA COMO
UNA ACTIVIDAD PELIGROSA?**

DIANA MARCELA DUQUE BOLIVAR

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2007**

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
1. RESPONSABILIDAD MÉDICA	4
1.1. Responsabilidad	6
1.1.1. Responsabilidad Jurídica	8
1.1.1.2. Responsabilidad Ético- Disciplinario	9
1.1.1.3. Ética y Moral	10
1.1.1.4. Responsabilidad Penal	20
1.1.1.5. Responsabilidad Civil	23
2. RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS	37
2.1. Italia	38
2.2. Francia	42
2.3. Chile	44
2.4. Colombia	51
2.5. Definición de actividad peligrosa	53
3. ¿SE PUEDE CONSIDERAR LA ACTIVIDAD MÉDICA COMO UNA ACTIVIDAD PELIGROSA?	60
4. CONCLUSIONES	71
5. BIBLIOGRAFÍA	73

INTRODUCCIÓN

Diariamente tenemos que el hombre desarrolla diversas actividades, las cuales van evolucionando y tecnificándose con cada avance científico y social, dichas actividades podrían en determinado momento considerarse peligrosas para otros individuos, pero encontramos que ni en la legislación ni en la jurisprudencia actual se ha podido llegar a una definición clara de lo que se debe entender por actividad peligrosa, lo cual dificulta su tratamiento.

En ocasiones se ha establecido que una actividad peligrosa es aquella que aumenta la peligrosidad frente a los demás individuos. Basándonos en esta tesis tenemos que analizar si sería posible considerar la actividad médica como una actividad peligrosa a pesar de que en la actividad médica es posible aplicar la tesis del aumento de la peligrosidad en cuanto el desarrollo de dicha actividad, ya que puede en un momento dado, aumentar el riesgo para el paciente.

Este análisis se desarrollará con fundamento en dos temas básicos, el primero de ellos es el referido a la responsabilidad médica, en el cual se estudiará la historia y el desarrollo de la actividad médica, haciendo mención a los primeros antecedentes de este tipo de responsabilidad, para entrar posteriormente a analizar los distintos tipos de responsabilidad en los que puede incurrir un profesional de la salud; específicamente en este trabajo se habla de la responsabilidad de los médicos.

Posteriormente se trabajará la figura de actividades peligrosas, y se dará una mirada desde diferentes ordenamientos, como lo son el de Italia, Francia, Chile y por último el ordenamiento Colombiano; además se estudiarán diferentes definiciones sobre lo que se entiende como actividad peligrosa, para poder llegar a estructurar una definición propia.

Todo lo anterior se hará con el fin de poder concluir, desde mi punto de vista, si es posible o no considerar la actividad medica como una actividad peligrosa

1. RESPONSABILIDAD MÉDICA

El concepto de responsabilidad es aplicable a la figura del profesional de la salud, ellos al igual que cualquier otro miembro de la sociedad, puede ocasionar daños en el ejercicio de su actividad, por lo que también se les aplica el principio fundamental de responsabilidad de no hacer daño a otros, es decir, el profesional de la salud como ciudadano debe cumplir con el principio general de no dañar a los demás o de lo contrario deberá asumir las consecuencias y reparar los daños que de su conducta se deriven, pero además el profesional de la salud esta en la obligación de responder y reparar aquellos daños que se puedan derivar del ejercicio de su actividad. Tenemos que la responsabilidad del médico se puede presentar por dos aspectos subjetivos, es decir, ya sea por un actuar o por una omisión.

Vemos que la responsabilidad médica, no es un concepto nuevo, la responsabilidad profesional medica, ya se conocía desde tiempos remotos, y esto lo podemos observar en:

- El código Hammurabi: Este fue el primer documento que señala la posibilidad de establecer castigos para el médico en caso de fracasar en su actividad profesional, como por ejemplo en lo manifestado en su artículo 218 que establece:

"si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte a ese señor o si ha abierto la cuenca del ojo de un señor con una lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano."¹

¹ <http://www.revistamedica.8m.com/histomed02.htm>

- Egipto: Aquí se encuadran las reglas a que los ejercitantes deben sujetarse, reglas dictadas por los sucesos inmediatos más celebres de Hermes.
- Grecia: Entre los griegos, Plutarco refiere que Glaucus, médico de Ephestion, fue condenado a morir en la cruz por la indignación que a Alejandro le produjo el abandono en que el infortunado medico había dejado a su cliente, el abandono que trajo como consecuencia la muerte de este.
- Roma: La ley de Aquilia regía a los médicos, ésta se refiere por primera vez a la "*culpa gravis*" que ha servido de base a muchas legislaciones.
- Pueblos Bárbaros: También aquí existía la responsabilidad médica, cuando un enfermo moría por la impericia del médico, este era entregado a la familia, quien tenia pleno poder sobre él.
- Edad Media: uno de los documentos más antiguo data del siglo XIII, es una sentencia de 106 burgueses de Jerusalén contra un médico, por haber cortado transversalmente la pierna de un enfermo causándole la muerte.
- La jurisprudencia francesa del siglo XV castigaba las faltas intencionales de los médicos, aun cuando fueran leves y las graves aun cuando no hubiese habido dolo.

A continuación, entraremos a analizar de forma general en que consiste la responsabilidad, para posteriormente estudiar de forma más concreta los diferentes ámbitos en los que la podemos encontrar, como son la responsabilidad

civil, penal y ética. Comencemos entonces por entrar a analizar lo que se entiende por responsabilidad en sentido general:

1.1. RESPONSABILIDAD

“La responsabilidad reporta un deber que como respuesta adecuada soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento.”²

El concepto de responsabilidad es empleado diariamente en todos los campos y todos los ámbitos en los que el hombre se desenvuelve, y no hace referencia solamente al ámbito jurídico dentro del cual encontramos tanto la responsabilidad civil, como la penal y la ética. Para tener un concepto más claro del significado de la palabra responsabilidad y responsable debemos dar un vistazo por sus orígenes. La palabra responsabilidad se deriva, como lo explican Félix A. Trigo Represas y Marcela J. López Mesa en su libro tratado de la responsabilidad civil, del latín “*respondere*” que significa prometer, merecer, pagar; mientras que la palabra responsable se deriva del latín “*responsalis*” que significa el que responde, por lo tanto se tiene que responsable significa *“el obligado de responder por algo o por alguien.”*³

El término de responsabilidad debe ser utilizado como un complemento de una noción previa: la del deber u obligación ya existente; *“la responsabilidad es la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber u obligación...”*⁴

² Bueres, Alberto J. mayo de 1997. Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Hammurabi. Pág. 21

³ Trigo Represas, Felix A. Y López Mesa, Marcelo J. 2004. Tratado de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: La ley.

⁴ Trigo Represas, Felix A. y López Mesa, Marcelo J. 2004. Tratado de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: La ley.

Por lo tanto tenemos que la responsabilidad surge cuando el individuo no cumple un deber o una obligación, lo que conllevaría a asumir las consecuencias que de su conducta se deriven.

Como lo expresa Ortega Torres en la definición que realiza de responsabilidad donde establece que *"la responsabilidad es la deuda u obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, a consecuencia del delito, o de una culpa o de otra causal legal."*⁵ La responsabilidad es la obligación de sufrir las consecuencias que se puedan derivar de determinado actuar del individuo.

Este principio general de responsabilidad vemos que se encuentra consagrado en la constitución en su artículo 95 donde dentro de los deberes del ciudadano encontramos el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, al consagrar esto, está enmarcando los fundamentos generales de la responsabilidad, al expresar que el ejercicio de las libertades y derechos implican responsabilidades. También vemos que en este artículo se encuentra establecido el principio de solidaridad al establecer que es deber de la persona y del ciudadano obrar conforme al principio de la solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. También tenemos que el principio de responsabilidad general o común se encuentra sustentado en el artículo 2341 del código civil donde se establece que *"el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido un daño a otro, esta obligado a reparar los daños causados, es decir, a pagar la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga."*

En conclusión tenemos que responsabilidad en sentido general, es la obligación que tiene un individuo de asumir las consecuencias que se deriven de su actuar, y

⁵ Sierra García, Jaime. 2001. Diccionario Jurídico. 3ra ED. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Pág. 357.

que en materia civil requiere que exista un daño; mientras que en el ámbito de otras responsabilidades, se puede hablar de la existencia de una responsabilidad aun si no se presenta o no un daño, es el caso en el que una falta administrativa o ética, generará una responsabilidad independiente de que con este actuar se lesione o dañe a un individuo.

1.1.1. RESPONSABILIDAD JURÍDICA

La definición general de responsabilidad es aplicable al ámbito de la responsabilidad jurídica, es decir, que la responsabilidad jurídica es la obligación que tiene todo individuo de afrontar las consecuencias **jurídicas** que se deriven de su actuar.

Dentro de la responsabilidad jurídica es aplicable el principio de la prudencia al que se refiere el doctor Javier Tamayo Jaramillo, al establecer que toda persona está en la obligación de comportarse correctamente, es decir, es el deber que tiene todo individuo de comportarse sin generar situaciones riesgosas para los demás, y si lo hace surge para él la obligación de asumir las consecuencias jurídicas de los daños ocasionados a otros.

Dentro del concepto de la responsabilidad jurídica, encontramos diferentes tipos como la civil y la penal, las cuales analizaremos enfocándonos en el tema relevante para este trabajo, es decir, en la responsabilidad derivada del ejercicio de la medicina.

1.1.1.2 Responsabilidad Ético - Disciplinario:

Respecto de los profesionales, se puede decir que *"la responsabilidad profesional es en la que incurre todo individuo que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que esta le impone, es decir, se trata de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad"*⁶

El médico en el ejercicio de su profesión debe cumplir con deberes y obligaciones de naturaleza ética, adicionales a las de curar y cuidar al paciente. Estas obligaciones le son impuestas al médico desde antes de que se celebre un contrato que lo vincule en una relación profesional con el paciente, son obligaciones que surgen desde el juramento hipocrático, el cual hace que al momento de recibir el título de médico.

Dentro de los deberes y obligaciones que posee el medico frente a su paciente encontramos los:

- De no hacer daño: Este además de ser un deber es un principio que rige para todos los integrantes de la sociedad.
- De respetar la dignidad del paciente: La dignidad en un sentido amplio es un valor esencial, en cuanto es el fundamento de los demás valores. Es el derecho que tiene todo hombre de ser respetado como tal, es decir como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad; La humanidad esta indisolublemente referida a la persona. La dignidad humana del paciente es respetada por el profesional de la salud, no solo cuando se lo considera como persona a la que se debe prevenir, proteger, cuidar y curar, sino

⁶ Trigo Represas, Felix A. 1995. Reparación del Daño por Mala Praxis Medica. Buenos Aires: Hammurabi. Pág. 20.

también cuando se respeta su libertad para decidir y elegir, luego de haber sido adecuadamente informado.

- De prestar asistencia médica: Se trata de crear en el médico la obligación de prestar auxilio a toda persona que lo necesite en el sentido de que hasta cierto modo el médico tiene un monopolio de los conceptos médicos y de los conocimientos de cómo obrar frente a las necesidades médicas de un paciente, y esto lo vemos expresado en el juramento de Hipócrates que estos profesionales hacen donde se establece que el médico debe "hacer de la salud y de la vida de vuestro enfermo la primera de vuestras preocupaciones."
- De obrar con solidaridad, responsabilidad y humanismo: La profesión del médico conlleva un matiz eminentemente humanitario, por lo tanto su servicio debe estar diseccionado en beneficio del individuo y de la comunidad.
- De colaboración y solidaridad: este deber se encuentra intrínseco a la naturaleza del hombre, este debe cooperar y colaborar con el prójimo ante hechos extraordinarios y desgraciados que afecten a otros.

1.1.1.3 Ética y Moral

Dentro de la responsabilidad ético- disciplinaria nos encontramos frente a un problema y es que las palabras ética y moral son utilizadas indistintamente, y en ocasiones como sinónimos, lo que dificulta su definición y tratamiento en cada caso, pero se debe establecer que la ética tiene como objeto establecer los parámetros para actuar, es decir, establecer las leyes para la formación, protección

y corrección de la conducta, no se está hablando de las costumbres de la sociedad, que es a lo que hace referencia la moral. Las palabras ética y moral, son concepciones que responden a determinados sistemas filosóficos, sociales y religiosos, teniendo presente que la moral es una parte de la ética, pero se debe tener cuidado de no entrar a confundirlas.

Algunos autores asimilan los conceptos de ética y moral, y reconocen que la profesión médica tiene unos principios éticos que se fundamentan en los mismos en los que se fundamenta la ley civil, argumentando que esto se da debido a que con ambas se busca la misma finalidad, dar unas pautas de comportamiento y convivencia, tal y como lo expresa el Dr. Luís Alfonso Vélez Correa, en su libro "Ética Médica":

*"en la mayoría de los casos la ética y la ley civil coinciden en las normas, esto es explicable si tenemos en cuenta que ambas buscan igual fin y propósito. La ética y la ley civil pretenden normatizar las acciones del ser humano para su bien y el de la sociedad; cuando la ley civil, por ejemplo ordena no matar, está en concordancia con el principio de la ética natural, el cual prohíbe hacer daño a otro."*⁷

Pero según Oscar Ernesto Garay, la moral y la ética son dos conceptos diferentes aunque se encuentren estrechamente relacionados, posición que apoyamos completamente. Este autor establece que:

"la moral y la ética son dos términos corrientes en el habla ordinaria cotidiana. Se las usa en ocasiones como sinónimos; pero también es frecuente que se suponga una diferencia de significado, como por ejemplo,

⁷ Vélez Correa, Luís Alfonso. 1989. "Ética Médica": "Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte". Medellín: CIB Servigráficas. Pág. 56. Citado por: Yepes Resptrepo, Sergio. 1999. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Pág. 23.

cuando se dice que algún acto o acontecimiento determinado tiene implicancias morales y éticas. La conjunción y resulta en tal caso sumamente significativa ya que indica que los dos términos no se consideran equivalentes...

... entendidos como términos técnicos de la filosofía, hay un contexto bastante generalizado según el cual se establece la distinción haciendo de la moral lo relativo a las costumbres (en la medida en que estas involucran normas y valores) y de la ética la tematización reflexiva de la moral, es decir, una singular disciplina filosófica que se ocupa de plantear teóricamente los problemas propios de la moral y proponer soluciones a los mismos.⁸

Al formular, como se dijo anteriormente, que la ética establece los parámetros para actuar, debemos decir que la ética médica orienta la conducta general de quienes practican la medicina, como lo estableció Alfredo Cardona

"constituyen las normas morales que rigen los actos de las personas que ejercen la medicina y las obligaciones de estos profesionales con sus colegas, la sociedad y la misma profesión, y en su sentido tradicional, trata de los problemas que se presentan en la relación entre medico y paciente."⁹

Y como lo manifiesta Sergio Yepes Restrepo en su libro, "la responsabilidad civil médica, "La ética no es exclusiva del ejercicio medico, sino que es aplicable a todas las actividades humanas", y tiene estrecha relación con la moral de la

⁸ Garay, Oscar Ernesto. 2003. Responsabilidad Profesional de los Médicos Ética, Bioética y Jurídica civil y penal. Buenos Aires: La Ley. Pág. 297.

⁹ Cardona Hernández, Alfredo. 1992. Responsabilidad Médica ante la ley: "Ética Medica y Moral Profesional". Tomo II. 4 edición. Medellín: Copiyepes. Pág. 73. Citado por: Valencia Moreno, Alexander. 1997. Responsabilidad Civil Médica por daños al paciente. Panamá: Editorial Jurídica Bolivariana. Pág: 33.

sociedad y de los individuos; a pesar de la estrecha relación que existe entre la moral y la ética, la responsabilidad ético- Disciplinaria no surge solamente de el reproche moral que puede hacersele al actuar del médico, sino que surge también de la regulación que la legislación específicamente le ha dado a este tema, es decir, que la responsabilidad médica pasó de ser solo un reproche moral a una responsabilidad jurídica al ser dicha conducta examinada por un tribunal Médico, mediante un procedimiento legal y con sanciones que producen efectos externos, la regulación legal del ejercicio de la medicina se justifica en el aseguramiento de su correcto desempeño y en la ilustración al profesional de lo que puede y debe hacer, por ello:

"para los que ejerciten la profesión médica, el que exista un instrumento que les señale con claridad cuales son sus deberes y sus derechos, es contar con una invaluable guía, si se atiende diligentemente lo allí establecido, el médico puede tener la seguridad de que su actuar esta ajustado a la ética y a la deontología, y por lo tanto se halla amparado por el manto de la ley. En otras palabras, si el médico ha adquirido plena conciencia de su papel frente a su enfermo y a su comunidad, la responsabilidad jurídica no debería inquietarlo."¹⁰

Pero es importante aclarar que este tipo de responsabilidad, es decir, la responsabilidad ético-disciplinaria sólo es posible aplicarse a las personas naturales que ejercen la actividad médica, en tanto que las personas jurídicas como clínicas o entidades de salud no responden por este tipo de responsabilidad, ellas sólo responderán con sanciones, en general monetarias, si por ejemplo no cumplen con unos niveles de asepsia o demás medidas reglamentadas para el ejercicio de la prestación de los servicios de salud; tampoco responden por este tipo de

¹⁰ Sánchez Torres, Fernando. 1988. "Sobre la medicina y los médicos." Bogotá: Empresa editorial Universidad Nacional de Colombia. Pág. 121.

responsabilidad los estudiantes de medicina, en cuanto esta responsabilidad sólo es aplicable a aquellas personas que poseen el título universitario de médicos, y por lo general sus sanciones solo serán de tipo académico, pero esto no los exonera de tener que responder civil o penalmente según sea el caso.

No es posible que estas entidades o estas personas, que no ostenten el título de médico, respondan por este tipo de responsabilidad, ya que ésta es personal, es decir, es intransferible e intransmisible, en cuanto sólo es posible juzgar al médico por sus propios actos y no es posible hacerla extensible a sus herederos; tampoco permite desistimiento, transacción ni conciliación, en cuanto el contenido de este tipo de responsabilidad es un contenido ético y este es de carácter inenajenable e indisponible.

Es importante saber que los terceros juzgadores de esta responsabilidad serán pares, es decir, personas que desarrollan y ejercen la misma profesión, lo que facilita el entendimiento y la calificación de la conducta a examinar; la sanción que este juzgador determinará, solo podrá ser de carácter disciplinario.

Pero es importante aclarar que, hoy en día la ética no se fundamenta sólo en un reproche moral, la ética medica, en Colombia esta contenida y reglamentada en la ley 23/81, la cual inicia con una declaración de principios que se constituyen en su fundamento esencial; en estos principios se establece que la medicina como profesión tiene la finalidad de cuidar la salud del individuo, trabajar en la prevención de enfermedades, y ayudar a que el individuo tenga una mejor vida, sin desconocer sus condiciones de salud; por lo que su contravención conlleva a una responsabilidad jurídica denominada ético- disciplinaria.

Dentro de los temas que se regulan en la ley 23/81 están establecidos también los deberes y derechos de los médicos y pacientes, a continuación trataremos a groso modo tanto los deberes del médico como los deberes del paciente:

Deberes y Derechos del Médico:

- ***Deberes:*** Sobre el médico recae una obligación legal, profesional y moral, de intervenir prestando sus servicios a todo paciente que lo requiera.¹¹ El respeto a la vida, a la integridad y a la colectividad, constituyen los deberes primordiales del médico. Esto también lo podemos encontrar al estudiar el juramento de Hipócrates, el cual fue escrito 400 años a. c. y que aun rige a los médicos, donde se establece que están obligados a ayudar en caso de necesidad sin esperar retribución alguna.

Existe otra obligación en cabeza del médico, es el deber de información, el cual debe ser en un lenguaje sencillo y de fácil comprensión para el paciente, quien es la parte débil de la relación, quien no maneja un vocabulario técnico, esta información (sobre tratamientos o su estado de salud) es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. La etapa de la información es de suma importancia, en tanto se parte del supuesto de que el paciente es un ignorante técnico, y por lo tanto nadie puede decidir de lo que no conoce o no entiende.

¹¹ *"Ese deber viene impuesto por considerar a la medicina como servicio de pública necesidad; tomando como base la jurisprudencia italiana según la cual, el deber de asistencia que tiene todo médico, surge de la cualidad que tienen esos profesionales que ejercen un servicio de necesidad pública, además de las costumbres y de las normas deontológicas."* (Vásquez Ferreira)

En la medida en que el médico informa debidamente al paciente de los riesgos previsibles y los pormenores relacionados con el tratamiento y con su estado, su responsabilidad no estará comprometida desde esta óptica.

Entre el fino equilibrio de saber que hacer, no hacer de menos pero tampoco de más, se ubica la conducta medica adecuada. Ante tales eventualidades la historia clínica del paciente, (que es otra obligación del medico, llevar historia clínica y hacer todas las anotaciones necesarias en esta), es el documento donde se objetiva la actuación de los profesionales del equipo tratante y no sólo se puede observar lo que se hizo, sino también lo que no fue realizado (falta por omisión). La historia clínica representa y refleja la evolución de los pacientes y la conducta medica. La misma es un instrumento de gran valor, puesto que como prueba documental, podrá significar la absolución o la condena de quien la confeccione a conciencia o sin ella.

Encontramos que el médico tiene otra obligación, es el deber de guardar absoluto secreto; este deber profesional es un deber inherente al status o calificativo de médico y es una salva guarda al derecho de intimidad y privacidad del paciente. Este deber esta consagrado en la ética profesional como se establece en el juramento Hipocrático cuando se dice que:

"Lo que en el ejercicio de la profesión, o fuera de ella, viera y oyera acerca de la vida privada de los agentes, no hablare y debo considerar el secreto como sagrado."

Por lo consiguiente sería anti-ético, revelar cuestiones de estricto secreto, que no se deben poner al conocimiento general.

En la legislación colombiana vemos que tanto estas obligaciones, como algunas otras, se encuentran establecidas en la ley 23 de 1981, cuando en su articulado encontramos lo siguiente:

"ARTICULO 3o. El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.

ARTICULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

ARTICULO 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

ARTICULO 14. El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata. "

ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

ARTICULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

Derechos: La ley 23 de 1.981, en su condición de Código Ético, para los médicos, recoge los derechos de los que gozan los médicos en Colombia, dentro del listado de derechos que esta ley establece encontramos entre otros los siguientes:

El médico tiene derecho a recibir remuneración digna por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia, por lo tanto el médico podrá emprender acciones reivindicatorias en su comunidad, por razones salariales u otras que redunden en las buenas condiciones del servicio.

El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión.

Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos: - Que el caso no corresponda a su especialidad; - Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya; - Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.

El médico tendrá el derecho de emplear solamente medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

El médico tendrá derecho de usar los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad.

Derechos y Deberes de los Pacientes:

Derechos: Al existir una relación entre médico y paciente están consagrados una serie de derechos y deberes de los médicos, y en esa relación también hay derechos y deberes a cargo del paciente. Algunos de los derechos de los pacientes son: a la libre elección de su médico; a que se le respete la vida y la integridad; a una información completa para dar su consentimiento -la importancia de este derecho tiene su base en el posterior consentimiento que debe dar el paciente-; a un cuidado adecuado y respetuoso.

Deberes: Al paciente también le incumben algunos deberes que se derivan de la relación. El primer deber del paciente es el pago de los honorarios como remuneración de los servicios profesionales prestados por el médico. Otro deber que tiene el paciente, es el deber de cumplimiento con el esquema terapéutico; de lo contrario todo daño que se derive del no acatamiento y seguimiento del esquema o del tratamiento terapéutico no será imputable al médico, entre otros.

Otro punto importante que se debe mencionar es el de quien administra la justicia ético- disciplinaria a los médicos, y se debe aclarar que dicha justicia es aplicada a los médicos, en Colombia, por los tribunales seccionales de ética medica, y la segunda instancia es competencia del Tribunal Nacional de Ética Medica.

Y por último vamos a mencionar que un proceso ético-disciplinario en contra de un médico puede ser instaurado por el paciente, la familia, por una entidad pública o privada, por cualquier particular e incluso puede adelantarse de manera oficiosa por el mismo Tribunal. El proceso debe respetar los principios de debido proceso, derecho a la defensa, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, en otras palabras en lo no previsto por las normas de la ética médica, se aplicarán las disposiciones del Código de procedimiento Penal, por lo que muchos principios procesales y penales tienen validez en el juicio ético profesional.

1.1.1.4 Responsabilidad Penal:

El derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad a los individuos, en este sentido dependerá de la conducta del sujeto para establecerse ya sea la pena o la medida de seguridad.

El derecho penal lo que busca es castigar a los que trastocan o violentan los bienes jurídicos, protege los valores materiales, la vida, la salud, la libertad y la propiedad, por eso impone consecuencias jurídicas a su lesión responsabilizando a quien quebranta la convivencia pacífica.

El Estado durante toda la historia, ha manifestado su poder punitivo por medio del derecho penal; este consagra una serie de comportamientos y conductas, que ameritan una sanción, cuando son ejecutadas por algún individuo, es decir, el Estado a través del derecho penal impone penas para aquellas conductas que él ha denominado y calificado como delitos. Estas sanciones pueden ser de diferentes tipos, pueden consistir en multas, en privación de la libertad, o en la limitación de algunos derechos.

Para que exista responsabilidad penal se requiere una conducta antijurídica culpable y tipificada en la norma, a diferencia de la responsabilidad civil que requiere la existencia de los cuatro elementos de la responsabilidad (el hecho, la culpa, el nexo causal y el daño).

Cuando a algún profesional de la salud se le adecuen los tipos penales descritos, se le podrán aplicar de forma normal, es decir, como a cualquier otro ciudadano, las normas penales por lo que la Corte Suprema de justicia ha dicho:

"La profesión médica cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quien la ejerce, de tal manera que su trasgresión delictiva y culposa pueda dar lugar a sanciones penales o civiles, según aquella configure una conducta tipificada por la ley penal o quede circunscrita a la responsabilidad civil. En consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda a sus pacientes con el fin de procurar su curación o mejoría, así que, cuando por negligencia, descuido u omisión cause perjuicios en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a las que haya lugar."¹²

La responsabilidad penal, al igual que la responsabilidad ético- disciplinario, también es personal, intransmisible y surge por el hecho o acto,

¹² Corte Suprema de Justicia, 1985

"no se trata, pues, aquí, al hablar de responsabilidad, de la cualidad metafísica del ser humano, sino de una situación jurídica en la que la persona es colocada, por ministerio de la ley, mediante la sentencia judicial condenatoria, que es la que impone, en forma determinada y específica, el total de las cargas que el colectivo ha de afrontar por su hecho, a que queda coactivamente sometido por él. La responsabilidad penal no sólo, es el modo más estricto posible, individual, sino que se caracteriza como responsabilidad por el hecho y no por ejemplo por el ser. En este contexto hecho es lo que el sujeto hizo, el hacer mismo tanto sus frutos como sus consecuencias"¹³

Para que una conducta sea punible, y por lo tanto sea de relevancia en el derecho penal, debe estar definida inequívocamente, lesionar o poner en peligro el interés jurídico tutelado y realizarse con dolo (conoce el hecho punible y quiere su realización), con culpa (cuando hay falta de previsión del resultado, confianza en evitarlo) o preterintención (cuando este excede la intención).

Aunque la medicina tiene como principio fundante el cuidado y la restauración de la salud y el cuidado y respeto por la vida, puede en determinado momento y bajo determinadas circunstancias, el actuar del médico generar una lesión o daño en el bien jurídico protegido de la vida o de la integridad personal de la víctima.

Si bien se dice que la responsabilidad médica se limita a los hechos culposos (es decir, no hay intención de provocar injustos), no debemos olvidar ni mucho menos negar la responsabilidad calificada de aquel médico que lleva a cabo un aborto criminal o un certificado médico falso (ambos delitos dolosos donde hay

¹³ Fernández Carrasquilla, Juan. 1989. "Derecho Penal Fundamental": Teoría general del delito y punibilidad. 2da edición. Bogotá: edición Temis. Pág. 441. Citado por: Yepes Resptrepo, Sergio. 1999. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Pág. 31.

intención deliberada de infringir la ley); por lo tanto estaríamos en presencia de responsabilidad penal, derivada de un actuar doloso.

Finalmente debemos hacer énfasis en que el derecho debe ser cambiante y desarrollarse acorde con los avances, descubrimientos y procedimientos médicos; a continuación haremos un listado de algunos procedimientos que pueden generar responsabilidad penal a los médicos, no entraremos a analizar cada uno porque no es la finalidad de este trabajo, algunos de los actos delictivos que puede cometer un profesional de la salud son: el homicidio, el aborto, las lesiones personales, la eutanasia, el suicidio asistido, omisión de socorro, manipulación genética, fecundación y tráfico de embriones humanos, violación de medidas sanitarias, entre otras.

1.1.1.5. Responsabilidad Civil:

La responsabilidad civil es la obligación que tiene todo individuo de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo, ya sea por una obligación contractual adquirida previamente, es decir, la existencia previa de una obligación entre las partes, o por una obligación legal que es el deber u obligación genérica de no dañar a nadie.

Por lo tanto "la responsabilidad implica un antecedente el cual obliga a un individuo a cumplir con su deber, que puede tener su génesis en un vínculo contractual o en el ordenamiento jurídico. Cuando el acto o el hecho del individuo no se ajustan a su deber, incurre en responsabilidad. Si el acto ocasiona un daño

*patrimonial, ello da lugar al resarcimiento económico consecuente, es decir, a una indemnización.*¹⁴

Como se dijo anteriormente los individuos tienen el deber de ajustar su conducta al ordenamiento jurídico, es decir, el individuo debe obrar conforme a derecho. Cuando se viola la normatividad establecida, se hace acreedor a la sanción prevista, es aquí donde aparece la responsabilidad. Ante un daño producido, surge la obligación de reparar por parte del sujeto que produjo el daño o perjuicio. Esta acción de reparar o de resarcir el daño supone un principio de equivalencia entre el daño conferido y la indemnización con la cual se repara este.

Para que se configure la responsabilidad civil médica, se deben dar los siguientes elementos y a falta de estos queda exento de responsabilidad el sujeto, estos elementos son:

- El hecho
- La falta médica (esta falta médica se puede dar por impericia, imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes y reglamentos a su cargo)
- El perjuicio ocasionado
- La relación de causalidad entre la falta o el acto profesional incriminado y los daños y perjuicios acaecidos.

El Hecho: “entendemos por hecho, la fuerza externa o la circunstancia que modifica físicamente un objeto, cosa o persona... vale decir que el hecho modifica o altera lo que existía antes.”¹⁵

¹⁴ Garay, Oscar Ernesto. 2003. Responsabilidad Profesional de los Médicos Ética, Bioética y Jurídica civil y penal. Buenos Aires: La Ley. Pág. 731.

¹⁵ Martínez Rave, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina. 2003. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá: Editorial Temis. pág. 85.

Para el doctor Sergio Yepes Restrepo el hecho puede ser:

"Puede ser un hecho positivo: acción por comisión o un hecho negativo: acción por omisión. Si bien en la responsabilidad extracontractual del medico será normal que el hecho antijurídico sea una omisión cuando niega su asistencia al accidentado, herido o abandonado, en la contractual se dan ambas formas. Así, es negativa la conducta de quien omite cumplir con sus deberes; es positiva en cambio cuando los cumple mal por imprudencia o impericia, como la prestación debida es de hacer se la viola no haciendo, pero también haciendo algo impropio, distinto de lo prometido, o cumpliendo a medias de manera irritual."¹⁶

Pero es importante decir que el hecho no se limita solamente a la conducta o al actuar del individuo, caso en el cual se estaría hablando de la existencia de un vinculo subjetivo de esta conducta con el causante, desconociendo con esto que los hechos pueden ser ocasionados también, tanto por los animales como por las cosas.

La Culpa: En un comienzo las doctrinas francesa e italiana, entendieron que la culpa profesional, por ejemplo la de los médicos, desde un punto de vista científico, era diferente de la culpa corriente en la cual podría incurrir cualquier persona al causar un daño. Tratar al médico de una manera más exigente de acuerdo a su nivel de diligencia, traería como consecuencia negativa que dicho profesional se abstuviera de realizar determinadas intervenciones por temor a las represalias que eso le podría implicar por parte del paciente.

¹⁶ Mosset Iturraspe, Jorge. 1986. Responsabilidad Civil del Médico. Buenos Aires. Pág: 166. Citado por: Yepes Restrepo, Sergio. 1999. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Pág. 54.

De tal forma se separaba la culpa médica o profesional de la culpa común, y se argumentaba que el médico sólo respondería de la culpa común. Anteriormente sólo se admitía la responsabilidad médica en los casos de faltas graves en el ejercicio de la profesión.

Pero actualmente se considera que la culpa médica, es en realidad una culpa civil sólo que aplicada al ejercicio de la actividad del médico. La culpa médica surge de la infracción, por parte del profesional de la medicina, de algún deber propio de su profesión. La conducta además de la intención o la imprudencia del médico, comprende también el incumplimiento de la obligación.

Se requiere que la conducta del médico cause un daño para que se pueda hablar de responsabilidad; por lo general la conducta dañosa del médico es positiva, es decir, por un actuar; pero también se puede dar que el daño se produzca de una conducta omisiva, es decir, que no se realizó una conducta que se podía y debía llevar a cabo.

Se debe tener en cuenta que el daño que es posible ser generado por el médico al paciente no sólo surge de la falta de diligencia o impericia, también se puede dar un resultado dañino cuando el médico actúe en forma dolosa esto es, cuando el médico atenta consciente y voluntariamente contra la integridad física del paciente, que tiene a su cuidado, lo cual aparte de la responsabilidad civil que genera puede configurar un delito que sería tema a tratar en materia penal.

Como se dijo anteriormente, una conducta culposa por parte del médico, es aquella conducta donde se actúe con impericia, de forma negligente o con imprudencia, entendiendo por cada una de estas características lo siguiente:

Tenemos que la responsabilidad por **impericia** se manifiesta en una falta de habilidad o capacidad profesional para la realización de determinada conducta, es decir que la impericia se fundamenta en la ignorancia, en la escasa preparación profesional o en la falta de suficiente adiestramiento en la realización de su profesión o para la realización de una actividad determinada.

La **negligencia** se traduce en la inadecuada o no aplicación de las técnicas médicas y de los procedimientos terapéuticos, conocidos por el profesional de la salud, agravando la condición de salud del paciente. Es la falta de debida diligencia o del cuidado necesario en un determinado acto.

Y por último vemos que la **imprudencia** médica se presenta como una conducta precipitada realizada sin la diligencia y sin el debido cuidado; y que ocasiona un daño en la salud del paciente, daño que hubiera podido preverse o evitarse con el mínimo de cuidado y diligencia. Es la falta de prudencia en el actuar.

Otra conducta del médico que puede generar responsabilidad médica inobservancia de las normas o reglamentos, es decir, es la violación del reglamento y las normas éticas que ordenan deberes y pautas de cuidado, y los tratamientos a seguir según sea el caso. Por lo tanto solo habrá responsabilidad si con la violación de ese deber de cuidado o el desconocimiento de las pautas conlleva en si un daño para el paciente.

En el tema de la culpa probada en materia de la responsabilidad de los profesionales de la medicina con ocasión de la prestación del servicio profesional, es importante aclarar que el desarrollo de esta tesis no ha sido del todo coherente desde sus inicios, es decir, la Corte Suprema de Justicia ha cambiado en varias ocasiones su punto de vista lo que impide que se desarrolle de forma continua y

siguiendo una misma línea jurisprudencial, este tema; lo anterior fue establecido por el Dr. José Fernando Ramírez Gómez, en su artículo *"Actividades peligrosas vs. Responsabilidad médica, evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil, en su análisis y rastreo de la evolución de esta."* Donde establece que: *"como bien se sabe, la culpa, el daño y la relación de causalidad entre aquella y este, ha sido la trilogía de elementos que la jurisprudencia ha identificado como integrantes del fenómeno jurídico de la responsabilidad civil extracontractual. Tratándose de la responsabilidad médica, desde hace algún tiempo la Corte ha sostenido que ésta se deduce mediando la demostración de la culpa, es decir, probando negligencia o imprudencia en el comportamiento, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Empero, esta que es la doctrina vigente, no ha sido la constante jurisprudencial de la Corporación, por cuanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G.J. 2217, págs. 759 y s.s.), se sostuvo en vía de principio general que a ella era "aplicable el art. 2356 del Código Civil por tratarse de una actividad peligrosa", esto es, que se partía de una presunción de culpa del galeno, bajo el entendido que el ejercicio de la profesión médica en sí mismo generaba riesgo o peligro para el paciente."*

Igualmente, en sentencia de 14 de marzo de 1942, también había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa al examinar otro caso de responsabilidad extracontractual, invocando para el efecto, entre otros, el art. 2356. En esta última ocasión dijo: *"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 casos 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".

Ubicada en el campo de la responsabilidad contractual del médico, en sentencia de casación de 3 de noviembre de 1977, la Corte formuló una tesis de inversión de la carga probatoria al citar un ejemplo con ocasión del análisis de que el daño debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación. Dijo en esta providencia la Corte: *"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 se prestó completamente su servicio hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún en el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos" (G.J. 2398, pág. 332).*

Así mismo, la doctrina de la presunción de culpa la ha predicado la Corte para el evento en que se ha asegurado por parte del médico un "determinado resultado" y "no lo obtiene".

Aunque la teoría de la culpa probada, que ciertamente se opone a la de la presunción que se ha dejado vista, se empezó a diseñar desde la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J., t. XLIX, págs. 116 y s.s.), cuando expresamente se descalificó el señalamiento de la actividad médica como "una empresa de riesgo", porque una tesis así sería "inadmisible" desde el punto de vista legal y científico" y haría "imposible el ejercicio de la profesión", para concluirse que en estos casos debe exigirse la demostración de "la culpa del médico", lo cierto es que los

criterios contrarios, referidos anteriormente, sólo vinieron a desecharse con los pronunciamientos de la última década, que son los que han sentado como pauta por vía de principio general, la de la culpa probada. En efecto, en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. 2419, págs. 407 y s.s.), se dijo 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". Posteriormente en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratifica esta doctrina, pero dejando a salvo en la responsabilidad contractual el caso en que en el "contrato se hubiere asegurado un determinado resultado". 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.

Fue la sentencia de 30 de enero de 2001 (M.P. José Fernando Ramírez Gómez) la que definitivamente dejó por averiguado el principio general de la culpa probada, desterrando por contera el calificativo de actividad peligrosa que al ejercicio médico episódicamente le había atribuido la jurisprudencia, que era el fundamento de una presunción general de responsabilidad por el daño originado en el acto médico o clínico. Con idéntico criterio se orienta la sentencia de 13 de septiembre de 2002. Por supuesto que esta última posición no descarta que excepcionalmente se puedan enfrentar casos de presunciones de culpa o de abono de la carga de su prueba, como cuando, como ya lo ha dicho la Corporación se ha *"asegurado un determinado resultado", o como también puede ocurrir cuando se trata de las intervenciones con fines estéticos, donde el médico igualmente puede asumir una obligación de resultado."*

Como lo dijo anteriormente el Dr. José Fernando Ramírez Gómez, las sentencias del 14 de marzo de 1942 y del 14 de octubre de 1959, dieron el calificativo de

actividad peligrosa a la actividad médica, cuando se tomó como referente el artículo 2356 del Código Civil Colombiano, que es el artículo donde, tanto doctrina como jurisprudencia han encontrado el fundamento de la tesis de las actividades peligrosas; pero posteriormente la Corte en sentencia de 2001 el 30 de enero, y establece que no es razonable la asimilación que se da entre el ejercicio de la actividad médica como prestación de servicios y el ejercicio de las actividades peligrosas, esta sentencia se estudiará posteriormente cuando se establezcan las conclusiones de este trabajo.

El Daño: Es vital la existencia del daño para que se pueda hablar de una configuración de la responsabilidad civil, puesto que sin el no hay responsabilidad. Es la fuente de la obligación de resarcir, todo daño causado injustamente a la víctima se debe resarcir o reparar.

Debemos entender por daño una aminoración o alteración de una situación favorable. Es un perjuicio ocasionado a otra persona; *"daño civil indemnizable es el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial, o bien daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra"*¹⁷

En materia civil no tiene mayor trascendencia la antijuridicidad del daño, en cuanto el estudio de esta es importante en materia penal. En materia civil basta el resultado lesivo a un interés legítimo para que se de el daño y su correspondiente obligación de resarcirlo.

Con respecto al daño vemos que la corte ha dicho:

¹⁷ Valencia Moreno, Alexander. 1997. Responsabilidad Civil Médica por daños al paciente. Panamá: Editorial Jurídica Bolivariana. Pág. 142.

"el perjuicio es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no presume. Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales del derecho procesal, es el demandante en acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho lo ocasionó, el deber consensual de repararlo."¹⁸

Encontramos que el médico en el desarrollo de su actividad puede ocasionar innumerables daños al paciente, si esta actividad no es realizada en forma diligente y profesional; los daños ocasionados a un paciente no se limitan a daños patrimoniales, como serían el daño emergente y lucro cesante, sino que también se pueden presentar daños extrapatrimoniales como serían los daños morales subjetivos y los daños fisiológicos o a la vida de relación, que consisten en la pérdida de las actividades vitales o placenteras de la persona. Es importante aclarar quien puede sufrir los daños fisiológicos o a la vida en relación, para poder saber quien tiene derecho a reclamarlos, según el Consejo de Estado, los daños fisiológicos no se limitan solamente a la víctima directa, toda vez que estos pueden ser sufridos por las personas cercanas a ésta, como su cónyuge o sus hijos. Mientras que para la jurisdicción ordinaria, solo se le reconoce daños fisiológicos a la víctima directa. Por lo tanto, teniendo en cuenta la jurisdicción en la que nos encontremos, dependerá la posición que se tome.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 26 de abril de 1947.

Con relación a este tema, daño fisiológico o a la vida en relación, vemos que Javier Tamayo Jaramillo la define como "La indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la insatisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la víctima, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario."

Con respecto al daño ocasionado por el médico, coincidimos con la postura de Sergio Yepes Restrepo, que establece que cuando se genera un daño al paciente, el médico no solo debe indemnizarlo sino repararlo de ser posible, con el correspondiente tratamiento:

"se busca entonces con el derecho a la reparación del menoscabo que sufre la víctima y ante eso la primera opción es procurar devolverle la salud al perjudicado si es posible con una nueva operación, y en última instancia hacer la indemnización integral de todos los perjuicios por medio de dinero.

...junto con la indemnización que debe pagarse por los daños orgánicos y psíquicos, deberá cubrirse además los gastos de hospital, drogas, médicos, etc., que se hubieren sufragado, así como también los perjuicios materiales por no haber desempeñado sus labores normales durante la recuperación."¹⁹

La responsabilidad del médico no se limita a la indemnización de los perjuicios ocasionados directamente al paciente, se debe tener claro que es posible, que con

¹⁹ Yepes Restrepo, Sergio. 1999. "La Responsabilidad Civil Médica". Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Pág: 60.

su actuar, en un momento dado también resulten afectadas las personas que dependan económicamente del paciente y que tengan un vínculo afectivo con este; en estos casos el médico deberá responder igualmente por los perjuicios, ocasionados a estas personas, y por lo tanto deberá indemnizarlos.

Relación o nexo de causalidad: Esta tiene por objeto saber si la acción u omisión de un individuo es la causa objetiva de un daño, por lo cual el sujeto que lo provoca es considerado el autor del mismo. Cuando se habla de nexo de causalidad debemos entenderlo como aquella relación causa efecto o aquel "nexo" que debe existir entre la conducta realizada por el agresor (en este caso entendiendo por agresor, al médico que con su conducta activa u omisiva ocasione un daño), y el daño o perjuicio sufrido por la víctima. Este es otro de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, en cuanto nadie debe responder por un daño que no ha sido ocasionado como consecuencia de su actuar, ya sea este un actuar o una omisión.

Como lo establece Alexander Valencia *"La importancia del estudio (del nexo de causalidad)"*²⁰ se edifica en ver cual es la causa que produjo el daño...²¹, en cuanto no sería lógico que el médico tenga que responder por un daño que no se deriva de su actuar, en otras palabras, si no existe relación entre el actuar del médico y el daño (relación de causa efecto), no será posible imputar el perjuicio sufrido por el paciente al médico.

Tenemos que en Colombia, la Corte, desde hace varias décadas viene tratando el tema del nexo causal; esto lo podemos ver en la sentencia, referenciada por

²⁰ Aclaración por fuera del texto original.

²¹ Valencia Moreno, Alexander. 1997. Responsabilidad Civil Médica por daños al paciente. Panamá: Editorial Jurídica Bolivariana. Pág. 196.

Alexander Valencia, del mayo 5 de 1940, sala de Casación, donde se establece que:

"Enfocado el asunto desde el punto de vista de los elementos integrantes de la responsabilidad, puede sentarse como regla general que en los litigios sobre responsabilidad médica debe establecerse la relación de causalidad entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el paciente."²²

En los casos de responsabilidad profesional médica, es necesario que, para establecer la causa de determinado daño, formular un juicio de probabilidad *"determinando que aquel se haya en conexión causal con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas... dicha relación causal exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño, este debe haber sido causado u ocasionado por aquella".²³* Por lo tanto el vínculo causal existe cuando han mediado actos positivos u omisiones por parte del médico que provocaron los daños al paciente.

En conclusión vemos que al médico le son aplicables todos los elementos de la responsabilidad civil, que en determinado momento podría ser responsable y se le podrá aplicar todas las consecuencias jurídicas que se deriven de su actuar (ya sea en materia penal, civil o ético- disciplinario). Con esto nos referimos que en un momento y caso determinado el médico deberá responder por las consecuencias de su actuar, ya sea por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, adquiridas con el paciente, o del incumplimiento de las normas establecidas por el ordenamiento jurídico.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, sentencia del 5 de mayo de 1940.

²³ Garay, Oscar Ernesto. 2003. Responsabilidad Profesional de los Médicos Ética, Bioética y Jurídica civil y penal. Buenos Aires: La Ley. Pág. 741.

Hasta el momento no se ha hecho referencia a la responsabilidad extracontractual, en cuanto la mayoría de las obligaciones adquiridas por el médico, se encuentran en el ámbito contractual, ámbito en el cual no es posible aplicar la responsabilidad por actividades peligrosas, en cuanto ésta solo se puede aplicar en materia extracontractual.

2. RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

Después de haber estudiado en que consiste la responsabilidad en general, y tener claro de donde surge y que puede generar responsabilidad civil; es importante para nuestro estudio, el analizar la responsabilidad por actividades peligrosas, haciendo en principio un recuento histórico y posteriormente tratando de dar una definición de esta.

Comencemos entonces por establecer que, por norma general, la responsabilidad civil extracontractual tiene como fundamento la culpa. Pero la culpa es un concepto genérico que es difícil aplicar a situaciones cuyos elementos particulares aumentan la peligrosidad y reclaman una mayor diligencia; es importante aclarar que en principio en el ejercicio de una actividad peligrosa, se exige mayor cuidado y diligencia a quien la ejerce, es decir, que cuando se produce un daño en el ejercicio de dicha actividad, esa diligencia que en un comienzo se le podía exigir al individuo que realizara la actividad peligrosa ya no sería tomada en cuenta, es decir, ya no se mira si actuó o no con una mayor diligencia, en cuanto lo importante ya es que por estar desarrollando una actividad peligrosa la culpa se supone por el sólo hecho de ejercer dicha actividad.

Cuando en el desarrollo de su actividad el hombre crea condiciones particulares de peligrosidad, la jurisprudencia no puede contentarse con la diligencia normal del hombre común. Quien crea una situación peligrosa, tiene el deber de restablecer la seguridad de los terceros aumentando su diligencia. Este cambio en los diferentes ordenamientos jurídicos se debe a los diversos avances tecnológicos y al aumento en el uso de maquinaria en el ejercicio de las actividades cotidianas del hombre; como al afán de proteger a las víctimas de los daños que se les ocasione con el uso de ciertas cosas o en el ejercicio de ciertas actividades.

El intenso desarrollo de las relaciones sociales, de la actividad industrial y del transporte mecanizado, han hecho que esta parte de la responsabilidad civil tenga cada día mayor importancia. Es por ello que es interesante analizar cómo han enfocado esta materia la legislación y jurisprudencia extranjeras.

2.1. Italia

Analizaremos en primer término la legislación y jurisprudencia italianas. Ello es importante, porque el Código Civil italiano es uno de los más recientes, ya que fue promulgado en 1942. Aunque las modificaciones que introdujo fueron mesuradas, en su redacción están contenidas las más importantes tendencias modernas que modificaron los conceptos clásicos del Código de Napoleón, en el cual se basa nuestro Código Civil. Por otra parte, en materia de responsabilidad, contiene disposiciones altamente novedosas, que tienen directa relación con la materia de nuestro estudio.

El Código Civil italiano trata la responsabilidad extracontractual en el título 9° del libro 4°, titulado "De los hechos ilícitos" (Artículos 2.043 a 2.059).

El Art. 2.043 dispone: *"Cualquier hecho doloso o culpable, que ocasione a un tercero un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho, a reparar el daño"*.

Esta disposición que contiene el principio general, por su redacción y antecedentes, establece el elemento subjetivo de la culpa como uno de los elementos de la responsabilidad. Pero muchos autores sostienen que esta inclusión no debe ser sobrevalorada, porque ella ha sido hecha por el legislador en obsequio a la tradición; y que un examen de las disposiciones sucesivas al Art. 2.043 demuestra que ella no se refiere al concepto general de responsabilidad, sino indica solamente uno de los criterios con base a los cuales un determinado

comportamiento dañino puede ser imputado a un sujeto. De acuerdo con esta interpretación, el Art. 2.043 contiene una doble normativa: una relativa a una cláusula general de responsabilidad, y la otra, que fija uno de los criterios de imputación de la responsabilidad, la culpa. Dicha cláusula general establece que todo daño injusto debe ser reparado, y es este requisito de la injusticia referido al daño y no a la conducta, el que sirve para establecer si un hecho dañoso da lugar a responsabilidad.

Con relación a este tema tenemos que el código civil italiano en su artículo 2050 establece que *"Cualquiera que ocasione daño a un tercero en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o en relación con los medios empleados, está obligado a la reparación si no prueba que ha adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño"*.

Esta disposición fue una novedad introducida en el Código Civil italiano de 1942 y tiene como fundamento que el peligro potencial inherente a ciertas actividades, justifica una mayor defensa jurídica del tercero que ha sufrido el daño; la que consiste en invertir la carga de la prueba, mediante una presunción de culpa.

Los autores han señalado que cualquier actividad del hombre puede ser ejercida con peligrosidad y que si damos al Art. 2.050 una interpretación extensiva, pasaría a constituir la norma general en materia de responsabilidad. Es por ello que el carácter peligroso de una actividad debe ser apreciado objetivamente, es decir, en relación con la actividad misma y no subjetivamente en relación con la conducta del hombre. Esta peligrosidad que debe ser inherente a la actividad misma y apreciada en concreto, es una cuestión de hecho que determinarán los jueces en cada caso particular. No es necesario que la actividad haya sido declarada previamente como peligrosa.

El Art. 2.051 del Código Civil italiano dispone que: *"Cada uno es responsable del daño ocasionado por las cosas que se tienen en custodia, salvo que pruebe el caso fortuito"*.

Esta norma deriva del Código de Napoleón, el cual contempla en la parte final del Art. 1.384 dicho principio.

Como los daños derivados de las actividades peligrosas se producirán generalmente por hecho de las cosas, surge el problema de la relación de los artículos 2.050 y 2.051 y de fijar sus campos respectivos de aplicación. La jurisprudencia no ha dado una solución satisfactoria, prefiriendo, en caso de dudas, aplicar la responsabilidad derivada del Art. 2.050. La doctrina ha estudiado también el problema. Algunos han sostenido que el Art. 2.050 se refiere a los daños derivados de una actividad peligrosa e incluso a aquellos que provienen de las cosas peligrosas, pero encuadrados dentro de una actividad del hombre y que el Art. 2.051 regula los daños derivados de las cosas, por su naturaleza, independientemente de una concomitante actividad humana. Esta solución no parece satisfactoria, porque, si pensamos que el Art. 2.050 admite liberarse de la responsabilidad, si se prueba que se han adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño, y, en cambio, el artículo 2.051 sólo admite, para el mismo efecto, la prueba del caso fortuito, resultaría que el daño producido por las cosas peligrosas tendría un tratamiento más favorable que el producido por las cosas que no lo son. Una opinión más reciente sostiene que el Art. 2.050 tiene aplicación sólo en el momento dinámico del ejercicio de una actividad peligrosa; el daño producido por las cosas en otras circunstancias se regiría por el Art. 2.051.

Se ha examinado qué se entiende por tener una cosa en custodia, y se ha resuelto que es el ejercer sobre ella un poder correspondiente al ejercicio del derecho de

propiedad; en otros términos, tener un poder de control sobre la cosa. Normalmente este poder corresponderá al propietario o poseedor, pero no necesariamente si la cosa está tenida por otro por cuenta propia.

Hemos visto que la disposición sólo admite liberarse de la responsabilidad si se prueba que el daño provino de un caso fortuito. A este respecto la jurisprudencia ha examinado si el hecho de un tercero puede constituir causa liberatoria de responsabilidad y ha resuelto que sólo en el caso que este hecho tenga el carácter de fortuito, es decir, de inevitable.

La grave responsabilidad que impone el Art. 2.051 ha hecho que deba examinarse con detención cuándo cesa la custodia de una cosa. Como hemos dicho normalmente el propietario será responsable, pero si se puede probar que un tercero la tiene exclusivamente por cuenta propia, un comodatario por ejemplo, él será exclusivamente responsable. Pero hay casos más confusos y en ellos ha estimado la jurisprudencia italiana que hay un fraccionamiento de la culpa y ha hecho responsables solidariamente al dueño y al tercero. En casos de hurto de la cosa, se ha estimado generalmente que queda eliminada la responsabilidad del propietario, pero existe una sentencia, que llegó a la conclusión de que el hurto se debía a negligencia del dueño y lo hizo responsable.

Los artículos 2.050 y 2.051 del Código Civil italiano adoptan una posición equidistante entre las teorías subjetivas y objetivas de la responsabilidad civil. Han aplicado un criterio intermedio, creando presunciones de responsabilidad, e imponiendo al que ha causado el daño el peso de la prueba. Pero no sólo han establecido una presunción de responsabilidad, sino que han limitado además en forma muy amplia la prueba liberatoria que el autor del daño pueda rendir.

En efecto, el Art. 2.050 exige que, para liberarse de responsabilidad, el presunto culpable, o mejor dicho responsable, pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño. El Art. 2.051 va aún más lejos; para liberarse de responsabilidad, es necesario poder probar que el daño se ha debido a caso fortuito.

2.2. Francia

Las disposiciones del Código Civil Francés en materia de responsabilidad extracontractual, son sumarias y vagas. Tenemos que el artículo 1.382 dispone: *"Todo hecho del hombre, que ha causado un daño a otro, obliga a repararlo a aquél por cuya falta ha sucedido"*.

Y el artículo 1.384 establece: *"Se es responsable no solamente del daño que se causa por el hecho propio, sino también, de aquél causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, o por las cosas que se tienen bajo guarda"*.

El Código de Napoleón no ha definido la idea de falta o culpa, pero la jurisprudencia ha fijado que el concepto implica dos elementos: uno objetivo, el hecho de lesionar un derecho que la ley protege; otro subjetivo, el que el autor del acto haya previsto, o al menos haya podido prever dicha lesión.

El principio general del Código de Napoleón es entonces el de la responsabilidad basada en la culpa probada, pero desde 1896, bajo la influencia de la teoría del riesgo, la jurisprudencia trató de establecer un principio diferente, utilizando al efecto la frase final del Art. 1.384, que establece la responsabilidad por el daño que infieren las cosas que uno tiene bajo guarda. Esta tendencia obedeció

principalmente al deseo de establecer la responsabilidad de los patrones en los casos de accidentes del trabajo, antes de que existiera una legislación especial al efecto, porque en ellos la prueba de la culpa era muchas veces difícil o imposible.

Aunque esta idea debía haberse abandonado en 1898, cuando se dictó la ley de accidentes del trabajo, se continuó aplicando la teoría de la presunción de responsabilidad y haciendo al guardián responsable de los daños causados por una cosa, debido a que en su mayoría el guardián ostentaba la calidad de propietario. La Corte de Casación rechazó el principio de la responsabilidad objetiva en 1908, pero llegó prácticamente al mismo resultado al decidir que el que tenía la guarda de una cosa, tenía la responsabilidad del daño que esta cosa produjera, si no demostraba que ese daño se debía a caso fortuito, a fuerza mayor o a causa extraña. En otros términos, una presunción de falta (o culpa), pesa sobre el que tiene la guarda de una cosa, y esta presunción no puede destruirse sino por las causales que se indicaron.

En Francia se pretendió hacer una diferenciación y un listado de cosas peligrosas y actividades peligrosas, la cual se descartó rápidamente, en cuanto la mayoría de los daños ocasionados en el ejercicio de una actividad peligrosa tienen de por medio la participación en el hecho de las cosas; es por esto que se piensa que no es posible hablar de cosas peligrosas a priori en cuanto su peligrosidad se determinara del uso que se le dio y del aumento de la peligrosidad de una actividad frente a otro individuo, es decir, una cosa que por su naturaleza no es peligrosa, en algún momento puede dotarse de esta característica dependiendo del uso que se le de.

2.3. Chile

Se establece en el artículo 2314 del Código Civil Chileno *"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."*; lo cual parece que se reitera en el artículo 2329, artículo que es muy parecido al establecido en el artículo 2356 del código civil colombiano, donde se establece *"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 un arma de fuego;*
- 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;*
- 3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.*

Por lo tanto, una interpretación adecuada del Art. 2.329 del Código Civil Chileno, debe llevar a la conclusión que él contiene una presunción de responsabilidad con relación a las actividades peligrosas y a las cosas que causan daño. En el primer caso, respecto al que las desarrolla; en el segundo, respecto del que las tiene a su cuidado.

El artículo 2.329 tiene un alcance más limitado en ciertos aspectos y mucho más amplio en otros. Por ejemplo en cuanto a las actividades peligrosas, la presunción

sólo puede referirse a aquellas caracterizadas por su peligrosidad. En ellas, el daño "puede imputarse" al que las realiza. El daño proveniente de un hecho que no sea peligroso por sí mismo, no podrá imputarse a una persona, salvo si se demuestra que el hecho se realizó en circunstancia o condiciones que permiten esa atribución, lo que equivale a probar la culpa.

En cuanto al daño proveniente de las cosas, será imputado al que las tenga a su cuidado, sin necesidad de hecho alguno de su parte, ya que la presunción se va a fundamentar en este caso, en una falta por omisión: no haber tomado las precauciones necesarias para evitar el daño.

El que las actividades peligrosas o las cosas dañinas deban tener una norma de responsabilidad más estricta, fue comprendido desde hace mucho tiempo por los Tribunales chilenos, especialmente cuando les tocó conocer de indemnizaciones por accidentes del trabajo, antes de existir una legislación especial al respecto, y posteriormente, en los accidentes a que daba lugar la circulación de vehículos.

Al respecto, salvo las excepciones que hemos señalado, se procedió considerando en forma práctica cada caso en particular y haciendo justicia sin buscar teorías generales de responsabilidad, sino tratando de encuadrar el fallo, aunque fuera aparentemente, dentro de los principios tradicionales.

Para esto se conjugaron dos conceptos: el de culpa por omisión y el de culpa levísima. Si alguna actividad o cosa peligrosa producía daño, ello se debía a que el presunto responsable no había empleado el cuidado debido. Como para ser responsable basta la culpa levísima, cualquier antecedente, a veces el hecho mismo del daño, probaban que se había incurrido en dicha culpa. De esta manera,

hablando de culpa, se llegaba a la presunción de la misma y a veces a una responsabilidad prácticamente objetiva.

Con relación a la responsabilidad por actividades peligrosas, podemos encontrar varios ejemplos en los siguientes fallos de los Tribunales de Chile:

Una sentencia de casación establece: *"Que importa negligencia de parte del dueño de una oficina salitrera o de su administrador, el hecho de permitir o no impedir que los trabajadores transiten al lado de los cachuchos de salitre hirviendo, cuando éstos no están protegidos por rejas protectoras; y esta negligencia lo hace responsable del daño causado". Esta misma sentencia señala más adelante, como uno de sus antecedentes: "la existencia de peligro para la vida de los trabajadores"*²⁴.

Otra sentencia dice: *"Que la circunstancia de imprimir a un tranvía, sin causa justificada, una velocidad mayor que la reglamentaria, y el no prever la resistencia o estado de los frenos que deben servir para detener el carro antes de que se produzca un accidente, importan culpa y negligencia en el conductor del tranvía, que, cuando menos, merecen el calificativo de levísimas". Más adelante agrega: "Que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, debe ser reparado por ella o por quien dependa"*²⁵.

La jurisprudencia que hemos señalado indica, como en muchas ocasiones los Tribunales chilenos han establecido en la práctica y en su deseo de hacer justicia, una verdadera presunción de responsabilidad en el desarrollo de actividades peligrosas y por el hecho de las cosas.

Ese es precisamente el alcance, que establecen los Tribunales chilenos, del artículo 2.329 del Código. Civil, que, no se limita a dogmatizar acerca de los elementos

²⁴ Sentencia de Casación de 22 de septiembre de 1905, Tribunal Chileno.

²⁵ Sentencia de Casación, de 29 de agosto de 1917, Tribunal Chileno.

subjetivos de malicia o negligencia para imponer responsabilidad, sino que se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer, dicha responsabilidad cada vez que una persona sufre un daño que constituye la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros.

En primer término, la presunción se aplicará con relación a los daños producidos por las actividades peligrosas, porque esos daños pueden imputarse a malicia o negligencia del que las ejercita.

En segundo término, la presunción se aplicará al hecho de las cosas, porque el daño producido por ellas puede imputarse a malicia o negligencia con relación al que las tiene a su cargo, porque éste está obligado a evitar que produzcan el daño, y, si lo producen, no ha cumplido su obligación.

Naturalmente, el afectado por ésta presunción podrá destruirla, demostrando que la causa del daño provino de fuerza mayor, del hecho culpable de un tercero o de culpa exclusiva de la víctima, lo que se conoce como una causa extraña.

Con respecto a el alcance que tiene el artículo 2329 del código civil, Alessandri Rodríguez, teniendo en cuenta los criterios establecidos por los doctrinantes extranjeros Eduardo Zuleta Ángel y Carlos Ducci Claro, expone lo que el considera las razones que demuestran la existencia de la presunción de responsabilidad:

"Razones que demuestran esta presunción. Las razones que nos inducen a pensar así son:

1. *La colocación del artículo 2329: el código después de haber señalado en los artículos 2320 a 2328 los casos en que se presume la culpabilidad de una persona por el daño causado por otra que esta a su cuidado o servicio, o por la ruina de un edificio que le pertenece, o por un animal del que es dueño o del que se sirve, o por las cosas que caen o se arrojan de la parte superior de aquel, termina diciendo en el artículo 2329: por regla general, todo daño etc.*

Esta colocación y la frase inicial del referido artículo permiten sostener que el código, después de señalar esos casos, quiso dictar una regla que comprendiera los demás análogos que pudieran haberse omitido. Por eso comienza diciendo: por regla general. Con ello quiso significar que lo que ocurre en los casos de los artículos anteriores ocurre en otros, y como en ellos la culpabilidad se presume, otro tanto sucede en el caso del daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona. De lo contrario, sería inexplicable el empleo de la expresión por "regla general", cuanto mas que era innecesario sentar nuevamente el principio de que todo daño causado con malicia o negligencia debía repararse, puesta estaba formulado con caracteres de bastante generalidad en el artículo 2314, con que ese inicia el titulo de los delitos y cuasidelitos.

2. *La redacción misma del artículo 2329: el legislador no dice que todo daño causado, cometido u ocasionado por malicia o negligencia de una persona, ni que todo daño proviene de la malicia o negligencia de otros, como debió decir si hubiera querido establecer una responsabilidad a base de culpa probada, sino que dice todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.*

El empleo de la forma subjuntiva "pueda", que es sinónimo de estas otras: que sea posible, que sea susceptible, no da la idea de que algo necesariamente debe ser, sino algo que puede ser. Es como si dijera: todo daño que sea posible imputar a malicia o negligencia, o bien, todo daño susceptible de imputarse, etc. El legislador no da por establecido que el daño provenga de dolo o culpa, ni obliga a repararlo sólo en caso de probarse uno u otro. Partiendo de la base de que hay daños que pueden provenir de la malicia o negligencia de una persona, dice que cuando el daño sea de aquellos que pueden tener este origen, cuando pueda imputarse esa causa, cuando es racional suponer que ha podido o debido derivar del dolo o de la culpa del agente, este debe repararlo, con lo cual da a entender que mientras no se establezca lo contrario, pesa sobre él esa obligación.

- 3. Los ejemplos que contienen: todos suponen la ejecución de un hecho demostrativo que se cumpla por sí solo.*

El disparo imprudente de un arma de fuego es un acto culpable en sí mismo. Quien dispara tal arma en un recinto cerrado donde hay varias personas, ejecuta u hecho que denota culpa sin necesidad de mayor demostración. Acreditado ese hecho queda establecida la responsabilidad del agente, a menos que se pruebe su inculpabilidad.

Lo mismo sucede con la remoción de las losas de una acequia o cañería en una calle o camino sin necesarias precauciones, o con el hecho de mantener en mal estado un puente o acueducto que atraviesa un camino y a cuya reparación o construcción se esta obligado. Tales hechos son por su naturaleza demostrativos de culpa; si sobreviene el daño, es racional atribuirlo a ella. Quien sufre un accidente a consecuencia de aquellas circunstancias no necesita probar la culpa del

autor del daño; le bastara acreditar que este removió las losas de una acequia o cañería en forma que indica el numeral 2 del artículo 2329, o que el acueducto o puente en donde aquel se produjo estaba en mal estado y que era obligación del demandado conservarlo o repararlo, para que se presuma la culpabilidad de este, porque se trata de un daño que por la naturaleza del hecho que lo causó, por las circunstancias en que se realizó, es de aquellos que pueden imputarse a negligencia.

4. *La necesidad de que el artículo 2329 no sea un precepto inútil y desprovisto de sentido, como sucedería si se limitare a repetir o confirmar la regla del artículo 2314. El código no necesitaba decir nuevamente que el daño causado por el dolo o culpa debía ser reparado por su autor; ya lo había dicho en el artículo 2314. En cambio, de acuerdo con nuestra interpretación, el artículo 2329 aparece como un precepto distinto de aquel y de enorme utilidad, como quiera que en ciertos casos revelaría a la víctima del onus probando.*

Entre ambas interpretaciones no aparece dudosa la elección. No solo es racional suponer que las leyes se dictan con algún objeto, sino que todo aconseja, en la duda, preferir la interpretación mas útil y conveniente para el interés social, sobre todo en una materia como esta, en que hay ventaja manifiesta en ampliar el ámbito de la responsabilidad.²⁶

Este mismo análisis es posible realizarlo en el Artículo 2356 del Código Civil Colombiano, en cuanto el texto de este artículo coincide con el texto del artículo 2329 del Código Civil Chileno.

²⁶ Tamayo, Javier. 1999. De la Responsabilidad Civil. Tomo II. Santa Fé de Bogotá. Temis. Pág. 258 y ss.

2.4. Colombia

Vemos que el derecho colombiano, en el tema de responsabilidad, ha sido influenciado en gran medida por el derecho francés. Con relación a este tema tenemos que, en el derecho francés, la responsabilidad por el hecho de las cosas surgía del artículo 1384 del código civil Francés, que establecía la responsabilidad en cabeza del guardián- entendiendo por guardián quien tiene la custodia de la cosa-, esta calidad de guardián de la cosa le exige un mayor cuidado sobre la misma, esta guarda puede ser material o jurídica, de provecho, también se puede hablar de la existencia de un guardián de la estructura o del comportamiento; (no ahondaremos en esta clasificación, porque nos estaríamos desviando del tema que se pretende analizar con este trabajo, el cual busca encontrar las características de lo que se considera una actividad peligrosa, para poder llegar a la conclusión de que la actividad médica se puede o no considerar como tal.)

Basándose en este aspecto de la peligrosidad de la cosa, Ripert sostuvo que solamente se podría comprometer al guardián como responsable, cuando la cosa tuviera el carácter de dañina, es decir, cuando existiera en ella una peligrosidad.

Vemos que en Colombia, algunos autores, entre ellos el Dr. Javier Tamayo, dieron el mismo tratamiento al artículo 2356 del código civil, es decir, que se fundamenta la responsabilidad establecida en este artículo en el criterio de la presunción de la culpa, la cual se da por el solo ejercicio de la actividad peligrosa.

En Colombia, anteriormente, se presentaba que la víctima tenía que probar la culpa del demandado, sólo a partir de 1938, se empieza a estructurar la teoría de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, teniendo como base el artículo 2356 del código civil, donde se empieza a hablar de una presunción de culpa, con

lo cual se pasa la carga de la prueba de la víctima al demandado. Actualmente tenemos que a la víctima le basta con probar el daño, y que este se deriva de una actividad peligrosa, para que surja la presunción de responsabilidad contra el demandado, pudiéndose exonerar este, solamente probando la existencia de una causa extraña (caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero).

Mediante diferentes ponencias del Dr. Eduardo Zuleta Ángel, en la Corte Suprema de Justicia, logra introducir el criterio de responsabilidad civil por actividades peligrosas. Este doctrinante no sólo fue de gran importancia en el desarrollo de esta teoría en el ordenamiento jurídico colombiano, sino que además tuvo gran influencia en algunos doctrinantes chilenos, que adoptaron y desarrollaron sus criterios.

Arturo Alessandri R. en un estudio comprendido en los editados en memoria de Henry Capitant, desarrolla una nueva interpretación del artículo 2.329 del Código Civil Chileno, texto idéntico al contenido en nuestro artículo 2356 de nuestro Código Civil; interpretación que se estudió anteriormente cuando se habló del tratamiento que se le daba a la responsabilidad por actividades peligrosas en el ordenamiento jurídico chileno.

Dicha interpretación contaba entre sus antecedentes, con las opiniones de algunos juristas colombianos, especialmente del Dr. Eduardo Zuleta Ángel, que había dado un nuevo alcance al artículo 2.356 del Código Civil Colombiano, opiniones que habían sido acogidas por la Suprema Corte de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.

Según su opinión, el artículo 2.329 del código chileno, al igual que el artículo 2356 del código civil colombiano, consagran una presunción de culpabilidad cada vez que el daño provenga de un hecho que, por su naturaleza, pueda atribuirse a culpa de su autor, aunque no sea peligroso en sí mismo.

Se trato de buscar el fundamento de la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas en la teoría del riesgo, la cual establece que: *quien se aprovecha de un riesgo, o quien lo crea, debe responder por los daños que de él se deriven.*

Según el Dr. Javier Tamayo, esta teoría se fundamenta en dos argumentos:

"- La responsabilidad civil de los patronos, por el hecho de sus empleados, no le permite al empleador demostrar ausencia de culpa, lo cual implicaría una responsabilidad fundamentada en el riesgo provecho y o en la culpa.

- El artículo 1384 del código civil francés sostiene que uno es responsable de las cosas que tiene bajo su guarda. El texto literal de esta disposición no menciona la palabra culpa lo que implícitamente le permitiría al juez prescindir de dicho elemento.²⁷

2.5. DEFINICIÓN DE ACTIVIDAD PELIGROSA

En el transcurso de la historia vemos como se va desarrollando en diferentes ordenamientos jurídicos la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas, pero todos tienen como punto en común que ninguno, ha podido dar un concepto o definición clara de lo que es o lo que se debe entender por actividad peligrosa, analicemos algunos de estos ejemplos.

²⁷ Tamayo, Javier. 1999. De la Responsabilidad Civil. Tomo II. Santa Fé de Bogotá. Temis. Pág. 260.

El derecho Italiano no es muy específico en definir que se entiende por actividad peligrosa, en cuanto la norma solo habla de actividades peligrosas "por su naturaleza o por la de los medios empleados".

Pero EDUARDO BONNASI, sostiene que:

"La determinación del concepto de actividad peligrosa se ha ido realizando a través de diversas resoluciones que, excluyendo la aplicación de tal concepto en supuestos particulares, han concretado los límites negativos del mismo"²⁸

Encontramos en los ordenamientos, tanto el soviético como el de México, el mismo problema, no hay una definición de lo que es una actividad peligrosa, el ordenamiento mexicano establece algunos elementos que pueden darle a una actividad en un momento específico, el carácter de peligrosa, pero sin embargo omiten dar una definición completa de este concepto. El artículo 1913 del código civil mexicano, que se originó a partir del artículo 404 del código civil soviético, establece:

"Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente,

²⁸ Bonsái, Eduardo. 1958. La Responsabilidad Civil. Barcelona: Bosch. Casa editorial. Pág: 78.
Citado por: Tamayo, Javier. 1999. De la Responsabilidad Civil. Tomo II. Santa Fe de Bogotá. Temis.

*a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*²⁹

Mientras que el artículo 404 del código civil soviético consagra que:

"Las personas e instituciones cuyas actividades implican un considerable peligro para los demás (por ejemplo: ferrocarriles, tranvías, empresas de animales salvajes, constructores de edificios y otras instalaciones, etc.), responderán por los perjuicios causados por tal cosa, sino probasen que el daño se produjo por fuerza mayor, intención o negligencia inexcusable de la propia víctima"

Pero como podemos observar y se dijo anteriormente, no se da una definición completa ni clara de lo que se debe considerar como una actividad peligrosa. Lo mismo sucede en los ordenamientos de Chile y Colombia, donde lo que se da es una recopilación de la jurisprudencia donde los Tribunales han considerado en el caso concreto, la actividad como peligrosa; pero sin poder definir una actividad como tal.

Tenemos que para el Autor Javier Tamayo Jaramillo, una actividad peligrosa:

"Es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan mas probabilidades de daño, de las que normalmente está en capacidad de soportar, por si solo, un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge donde los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía

²⁹ Código Civil Mexicano, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, En vigor a partir del 1o. de octubre de 1932.

*y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno, o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”.*³⁰

Dentro del texto de Javier Tamayo, hallamos varias referencias a diferentes autores que intentan dar un concepto de lo que es una actividad peligrosa o de lo que se debe considerar como tal, dentro de estas encontramos la definición que establece Mario Montoya Gómez, que será la única que se tomará por ser a mi parecer la más clara y concreta de las trabajadas del doctor Javier Tamayo:

"Son actividades peligrosas aquellas en que el hombre usa las cosas o energías para desarrollar su trabajo e industria”.

Según la jurisprudencia, se han calificado como actividades peligrosas, entre otras:

"la explotación de los ferrocarriles; las empresas de automotores; las empresas de energía eléctrica; la utilización de aviones; la construcción de colectores; la construcción de edificios y en general, la hechura de cualquier obra (puentes, carreteras, murallas, etc.).

Este es un buen ejemplo de cómo la jurisprudencia se limita a hacer una lista y enumerar lo que ellos consideran una actividad peligrosa, pero no se ha creado todavía un concepto donde se establezcan de forma uniforme las características que debe tener una actividad o su ejercicio, para que se pueda considerar como una actividad peligrosa.

³⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. 1999. De la Responsabilidad Civil, Tomo II. Santa Fe de Bogota: Editorial Temis. Pág. 322.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 4 de junio de 1992, se trató de definir actividad peligrosa como la ruptura del equilibrio natural de las fuerzas al establecer que:

*"Empero, cuando el daño tiene origen en una actividad susceptible de ser considerada como peligrosa, apoyándose en el artículo 2356 del código civil, la jurisprudencia igualmente ha implantado un régimen conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ciertos accidentes en que el hombre, utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y por tanto capaces de romper el equilibrio antes existente, de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque de la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevare a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige."*³¹

Jorge Santos Ballesteros en el libro "Instituciones de la responsabilidad civil tomo I, establece que:

"La actividad peligrosa para que sea así considerada, exige una apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño. La peligrosidad debe existir con anterioridad a la generación del perjuicio, ya que lo que se mide es la conducta humana que no sopesa el peligro y antes por el contrario lo alimenta permitiendo que sin ningún dique ocasione el daño..."

... El carácter peligroso de la actividad debe medirse no con un criterio absoluto, sino teniendo en cuenta la naturaleza propia de las cosas y las circunstancias en que ella se realiza, y desde luego, teniendo en cuenta el

³¹ CSJ., Cas. Civ., 4 de junio de 1992, magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, proceso de Rosensvaig de la Torre y otros contra Mercados y Almacenamiento Tequendama Ltda.

comportamiento de la persona que ejecuta o se beneficia de aquella actividad, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause efectivamente el daño...

... es fundamental para determinar la existencia de una actividad peligrosa, sopesar el comportamiento del sujeto implicado en relación a la conducta asumida para que la cosa potencialmente peligrosa llegue a ser fuente de responsabilidad.”

Para Santos Ballesteros existen dos elementos que caracterizan la responsabilidad por actividades peligrosas, para él en primer término, lo que importa es que en la acusación del perjuicio la cosa tenga una participación activa, es decir no basta la sola existencia de la cosa, si no se puede hablar de que ella contribuyo a ocasionar el daño; y el segundo elemento que él resalta es el comportamiento del guardián en relación con la cosa peligrosa para evitar que llegue a ocasionar el daño.

En mi opinión, aunque son varios los conceptos que pretenden establecer lo que se debe considerar como una actividad peligrosa, en nuestra doctrina y jurisprudencia, aun no se a llegado a un concepto que determine inequívocamente en lo que consiste el ejercicio de una actividad peligrosa en sí. Se habla del concepto de peligrosidad de la cosa, del aumento desmedido de la fuerza que puede poner en estado de indefensión a terceros, del uso de maquinaria, etc., pero en la mayoría de los casos vemos que esto se limita a enumerar una cantidad de actividades que en su momento se consideran como peligrosas, consideración a la que se llega después de un análisis de cada caso en particular, pero no se da unos parámetros claros y generales para poder considerar de antemano una actividad como peligrosa o no.

Por lo tanto es importante para continuar con este trabajo que se asuma o se trate de establecer una definición de actividad peligrosa, para poder concluir si la actividad médica es una actividad peligrosa, por lo tanto, a mi parecer, considero que se debe entender por actividad peligrosa, *"aquella actividad que de su ejercicio se desprende una gran posibilidad de ocasionar daño a un tercero, y crea un desequilibrio entre los individuos, ocasionado por la utilización de diversas cosas o elementos, que si hablamos de una calificación a priori no necesariamente pueden ser consideradas como peligrosas, pero que pueden representar un aumento en la peligrosidad dependiendo del uso que se les de en un momento dado. En mi opinión es importante que las cosas intervengan de una forma activa en la realización del daño, no basta simplemente con la presencia de estas para que se hable de una actividad peligrosa, y por lo tanto se pueda hablar de la existencia de una responsabilidad extracontractual, generada de dicha actividad"*.

Con base en esta definición, que se estableció, en el próximo capítulo entraré a concluir si es posible o no hablar de la actividad medica como una actividad peligrosa.

3. ¿SE PUEDE CONSIDERAR LA ACTIVIDAD MEDICA COMO UNA ACTIVIDAD PELIGROSA?

Lo primero que se debe concluir es que en todo caso los médicos deberán regirse por los parámetros generales de no dañar a nadie, establecidos en el concepto de responsabilidad en general, en cuanto los médicos son personas comunes que hacen parte de la comunidad y como tales deben actuar según los presupuestos que se imponen a todos los individuos de la sociedad.

Pero también poseen la obligación de responder por los daños que se puedan derivar del ejercicio de su actividad como médicos, es decir, serán responsables por su actuar en el ejercicio de su profesión, y el hecho que esa actividad no sea calificada como una actividad peligrosa no lo exime de responsabilidad, en cuanto este tendrá que responder por los daños causados por la ejecución de la actividad médica de una forma imprudente o negligente. Pero la responsabilidad que en este caso se genera para el médico, no se deriva de la actividad que ejerce como tal, sino de su actuar culposo, entendiendo por este *"una forma de conducta irregular en la cual no media una intención de dañar, pero que viola preceptos de prudencia, conocimiento, pericia y diligencia al efectuar la acción."*³²

Con relación a la definición que asumí de actividad peligrosa, establecida en el capítulo anterior, encuentro en la doctrina algunas tesis que disienten de lo aquí expresado, en el sentido de que algunos autores afirman que la medicina puede considerarse como una actividad peligrosa, pero a mi parecer esta tesis es contraria a lo aquí estudiado, pero no podemos desconocer que en un momento dado se podría entrar a estudiar esta tesis, analizando el buen uso que el médico haga de los instrumentos que utiliza, es decir que sucedería si el daño al paciente

³² Guzmán Mora, Fernando y Franco Delgadillo, Eduardo. 2004. Derecho Medico Colombiano, tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Pág. 358.

se da por el uso de las maquinas de rayos X, por ejemplo, estos son elementos que aumentan la peligrosidad para los demás y que se encuentran bajo la guarda de las instituciones médicas. Pero pese a esto debemos concluir que la actividad médica no puede ser considerada como una actividad peligrosa; como un soporte a la tesis adoptada encontramos:

Que aunque el ejercicio de la actividad médica sí implica un riesgo para el paciente, en cuanto a que en su ejercicio se puede presentar daño a algún bien jurídico protegido por la ley, pero este aumento en el riesgo es un aumento justificado, es decir que es necesario para el correcto desarrollo de dicha actividad y así tratar de lograr los objetivos que con esta se buscan, objetivos tales como reestablecer la salud del paciente.

Otro punto, que me permite llegar a la conclusión de que la actividad médica no puede ser considerada como una actividad peligrosa, es el hecho de que como se explicó en el capítulo anterior, la responsabilidad por actividades peligrosas sólo es posible aplicarse en la institución de responsabilidad extracontractual, y partiendo de la base de que la mayoría de las relaciones que se presentan entre médico y paciente se derivan de un contrato previo, no sería posible hablar de una responsabilidad por actividades peligrosas en estos casos.

Un argumento más que justifica la conclusión a la que se llegó, es el hecho de que quien se beneficia del ejercicio de la actividad médica, (aunque se puede decir que los honorarios recibidos por los médicos son un beneficio) es el paciente porque la actividad de los médicos va encaminada a reestablecerle por completo o en la medida que se pueda, su salud, esta es otra explicación por la cual a mi parecer no podríamos asegurar que con el ejercicio de la actividad médica se este desarrollando una actividad peligrosa, ya que en esta última encontramos que su

ejecución va dirigida al beneficio de quien ejecuta la actividad, es decir, que mientras el actuar de los médicos va dirigido a proporcionar alivio o cura y a restablecer la salud del paciente, un individuo en el desarrollo de una actividad peligrosa sólo busca su propio beneficio; por lo tanto si equiparamos la actividad médica con una actividad peligrosa se le estaría negando el carácter social, solidario y humanitario que son inherentes a dicha actividad medica.

Con relación al tema, el doctor Javier Tamayo, en su libro Tratado de la Responsabilidad Civil, establece:

"Aunque en un principio se dijo que la presunción de responsabilidad pesaba contra quien creaba el riesgo, lo cierto es que finalmente terminó por aceptarse que la responsabilidad pesaba sobre quien se beneficiaba con el mismo. No falta quien afirme que, en la medida en que el médico recibe alguna remuneración por su servicio, él es quien se beneficia con el riesgo producto del acto médico. Sin embargo, tal solución estaría falseada, pues los bienes contrapuestos son infinitamente dispares, ya que la vida y la integridad personal del enfermo tiene un valor superior. Ello quiere decir que quien se beneficia con el riesgo del acto médico es el paciente y, por tanto, lo lógico es que sea él quien asuma ese riesgo, a menos que haya una culpa comprobada.

Por otro lado, en cierta forma, cuando el médico interviene al paciente, la situación es riesgosa para éste, no tanto por la actividad misma del médico sino por el estado de salud del paciente. O sea que no sería raro pensar que el riesgo lo esta creando relamente el paciente, y el médico, en virtud de un deber y de una justificación legal, trata de recuperar la salud del enfermo. Es en virtud del cumplimiento de un deber que el médico actua.

*La responsabilidad extracontractual por riesgo creado o por riesgo beneficio solo existe cuando la víctima no necesita para nada de la actividad riesgosa del agente y éste, sin que haya un deber jurídico de por medio, pone en peligro la vida o la integridad personal de los demás.*³³

Encuentro además que esta tesis de no considerar la actividad médica como una actividad peligrosa, esta sustentada en varios pronunciamientos tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 30 de enero de 2001, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez, establece que la actividad médica:

"posee implicaciones humanísticas que le son inherentes al ejercicio de la profesión de la salud, Ciertamente, se dijo en dicha sentencia, "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.

³³ Tamayo, Javier. Tratado de la Responsabilidad Civil..., Pág. 1110

"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..."

"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*³⁴.

"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...

...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 (medical malpractice, como se dice en USA), 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

³⁴ Ramírez Gómez, José Fernando. "Actividades peligrosas vs. Responsabilidad médica, evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil, en su análisis y rastreo de la evolución de esta". Artículo de Internet. <http://www.medicolegal.com.co>. 25 de septiembre de 2006.

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 1981.³⁵

Cuando el daño surge del incumplimiento de algunas de las obligaciones tácitas o inherentes a la relación contractual existente entre el médico y el paciente, el medico deberá responder, por el incumplimiento de dichas obligaciones. Pero es importante en este punto tener claro que las obligaciones del médico frente al paciente, por regla general son de medio no de resultado, como lo establece la siguiente sentencia:

"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"³⁶.

³⁵ 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

³⁶ 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

Esto quiere decir, que el médico no está obligado a reestablecer efectivamente la salud de su paciente, sino a desplegar todos los medios necesarios, que estén a su alcance para tratar de conseguir este fin.

"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"³⁷.

A su vez el Consejo de Estado en varias ocasiones, se ha negado a considerar el desarrollo de la práctica médica como una actividad peligrosa; pero solo estudiaremos la sentencia que creemos fundante y de mayor trascendencia. Sentencia del 24 de agosto de 1992, la cual señala:

"Si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio"³⁸.

También se debe tener en cuenta, que al médico en el ejercicio de su profesión no se le presume la culpa, es deber del paciente o individuo afectado que demuestre que el daño se deriva de una mala práctica del médico o de un actuar culposo,

³⁷ 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

³⁸ Consejo de Estado. Sala de casación Administrativa. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Betancurt. Bogotá, D.C, 24 de agosto de 1992.

contrario a lo que ocurre con el ejercicio de una actividad peligrosa, donde ya sea la culpa o la responsabilidad se presumen, por el sólo ejercicio de la actividad peligrosa, librando a la víctima de probar la culpa, teniendo que demostrar los demás elementos: el hecho, el daño derivado de la actividad peligrosa y el nexo de causalidad.

Pero por la dificultad que se presenta para que las víctimas demuestren la culpa del médico, debido a que por lo general son ellos quienes poseen todos los medios probatorios, el Consejo de Estado, en varios fallos ha establecido:

"...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 actor, normalmente el paciente o sus familiares, a la demostración en las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran estos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la conducta profesional, quienes satisficieran directamente las

inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formularan...³⁹

Y así mismo, en fallo de julio 1 de 2004, estableció:

"Por lo demás, si las conclusiones anteriores no pudieran considerarse suficientes, no le cabe duda a la Sala de que el caso es uno de aquellos en los que la demostración de los hechos que estructuran la falta, salvo en cuanto se refiere a la aplicación de la anestesia no indicada, resulta prácticamente imposible para la víctima, dado que se trata de acreditar la impericia de un procedimiento que no fue en presencia de otros profesionales distintos al directamente encargado del mismo, y sobre el cual no fue posible obtener mayor información en virtud de la falta de voluntad de la entidad demandada para aportar al proceso las pruebas respectivas. Sería procedente, en estas condiciones, con fundamento en la equidad, como criterio auxiliar de la actividad judicial, acudir, de manera excepcional a la inversión del deber probatorio de dicho elemento de la responsabilidad, inaplicando el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, conforme a lo explicado en la primera parte de estas consideraciones, y presumir, entonces, que la administración de la anestesia local a (S) se hizo con negligencia e impericia, por parte del anesthesiólogo del ISS que tuvo a su cargo el procedimiento...⁴⁰

En conclusión, asumo la tesis de que no es posible considerar la actividad médica como una actividad peligrosa, como se puede deducir del estudio realizado en este

³⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 30 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 1 de julio de 2004, exp. 14.696. Magistrado Ponente: Dr. Alier Hernández.

trabajo, y de la jurisprudencia analizada tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, que dan un soporte y un fundamento a la tesis adoptada.

4. CONCLUSIONES

- Me queda claro, que los médicos al igual que el resto de los individuos de la sociedad, deberán regirse por los parámetros generales, que establece el ordenamiento jurídico en el concepto de responsabilidad en general, de no dañar a nadie.
- Aparte de la obligación que tiene el médico de responder por los daños ocasionados a los demás como cualquier ciudadano, también tendrá que responder por los daños que se derivan de su actividad profesional, y el hecho de que esa actividad no sea calificada como peligrosa no lo exime de responsabilidad.
- Aunque en el ejercicio de la actividad médica implica cierto riesgo para el paciente, este aumento en el riesgo se encuentra justificado y es necesario para el desarrollo de la actividad médica y para la obtención del restablecimiento de la salud del paciente.
- Como se explicó en los capítulos anteriores, la responsabilidad por actividades peligrosas, solo es posible aplicarse en la institución de la responsabilidad extracontractual, y como ya se sabe la mayoría de las relaciones que se presentan médico- paciente son de carácter contractual, ya que se derivan de un contrato previo.
- En la responsabilidad por actividades peligrosas, se presume la culpa y responde quien se esta beneficiando de la realización de la actividad, en el

caso de la actividad médica, es cierto que el médico recibe unos honorarios, no podríamos afirmar que es él quien se beneficia realmente de la actividad, es el paciente quien obtiene un real beneficio, porque la actividad de los médicos va encaminada a reestablecerle por completo o en la medida que se pueda, su salud, es decir, que mientras con la actividad desarrollada por el médico va dirigida a el restablecimiento de la salud de los pacientes; en una actividad peligrosa, encontramos que su ejecución va dirigida al beneficio de quien ejecuta la actividad, un individuo en el desarrollo de una actividad peligrosa sólo busca su propio beneficio; por lo tanto si equiparamos la actividad médica con una actividad peligrosa se le estaría negando el carácter social, solidario y humanitario que son inherentes a dicha actividad medica.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bueres, Alberto J. 1997. Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Hammurabi.
- Trigo Represas, Felix A. y López Mesa, Marcelo J. 2004. Tratado de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: La ley.
- Sierra García, Jaime. 2001. Diccionario Jurídico. 3ra Edición. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda.
- Trigo Represas, Felix A. 1995. Reparación del Daño por Mala Praxis Medica. Buenos Aires: Hammurabi.
- Garay, Oscar Ernesto. 2003. Responsabilidad Profesional de los Médicos Ética, Bioética y Jurídica Civil y Penal. Buenos Aires: La Ley.
- Sánchez Torres, Fernando. 1988. "Sobre la medicina y los médicos". Bogotá: Empresa editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Martínez Rave, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina. 2003. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá: Editorial Temis.
- Yepes Restrepo, Sergio. 1999. "La Responsabilidad Civil Medica". Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Valencia Moreno, Alexander. 1997. Responsabilidad Civil Medica por daños al paciente. Panamá: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Guzmán Mora, Fernando y Franco Delgadillo, Eduardo. 2004. Derecho Medico Colombiano. tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Ramírez Gómez, José Fernando. "*Actividades peligrosas vs. Responsabilidad medica, evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil, en su análisis y rastreo de la evolución de esta*". articulo de Internet. <http://www.medicolegal.com.co>
- Sentencia 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

- Consejo de Estado, Sentencia del 30 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.
- <http://www.revistamedica.8m.com/histomed02.htm>