

**LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LOS PROCEDIMIENTOS ESTÉTICOS
INVASIVOS**

NILSA ALEJANDRA MORA CAMPOS

MARTHA TERESA GOMEZ CARVAJAL

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
SEDE IBAGUE
IBAGUÉ
2018**

**LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LOS PROCEDIMIENTOS ESTÉTICOS
INVASIVOS**

NILSA ALEJANDRA MORA CAMPOS

MARTHA TERESA GOMEZ CARVAJAL

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
ABOGADO**

TUTOR: ERICK FERNANDO ARISTIZABAL RODRIGUEZ

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
SEDE IBAGUE
FACULTAD DE DERECHO
IBAGUÉ**

2018



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Nota de aceptación

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Ibagué, octubre 2018.

Agradecimientos

A Dios por sus bendiciones diarias, llenarnos de sabiduría y fortaleza para lograr los propósitos de nuestras vidas.

A nuestro tutor, **ERICK FERNANDO ARISTIZABAL RODRIGUEZ**, por su comprensión, enseñanzas y paciencia, con el fin de ayudarnos a culminar este trabajo.

A la UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA, SEDE IBAGUE-ESPINAL, por abrirnos sus puertas y guiarnos por el camino del aprendizaje con la finalidad de formarnos como profesionales competentes y solidarios.

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado a mis padres por su apoyo incondicional, su comprensión generosa, su tolerancia infinita y su amor. **Nilsa Alejandra Mora Campos**

Este trabajo se lo dedico a Alejandra Mora, por impulsar que nuestras metas y sueños se hagan realidad. **Martha Teresa Gómez Carvajal**

TABLA DE CONTENIDO

Agradecimientos.....	4
Dedicatoria	5
1. INDICE DE FIGURAS	9
2. RESUMEN	10
3. INTRODUCCIÓN	10
4. PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
5. JUSTIFICACIÓN	13
6. OBJETIVOS	14
6.1. General.....	14
6.2. Específicos.....	14
7. DISEÑO METODOLÓGICO	15
7.1. Método.....	15
8. MARCO LEGAL	16
9. MARCO TEÓRICO	19
9.1. Acto medico.....	21
9.1.1. Acto médico directo:	22
9.1.2. Acto médico documental:	23
9.1.3. Acto médico y acto jurídico:.....	24
9.1.4. Acto médico como contrato:.....	25

9.1.4.1.	Elementos del contrato:	25
9.1.4.2.	Obligaciones y deberes del médico:	26
9.1.4.3.	Especialidades de la medicina relacionadas:	30
9.2.	Responsabilidad.....	31
9.2.1.	Responsabilidad civil.....	35
9.2.2.	Responsabilidad civil contractual	35
9.2.3.	Responsabilidad civil extracontractual	35
9.2.4.	Responsabilidad civil medica	36
9.2.5.	La responsabilidad de las clínicas y hospitales.....	41
9.2.6.	Responsabilidad subjetiva y responsabilidad estatal.....	41
9.2.7.	Póliza de seguro	41
9.2.8.	Responsabilidad en procedimientos estéticos	43
9.2.9.	Consentimiento informado	45
9.2.9.1.	Consentimiento.....	45
9.2.9.2.	Los vicios del consentimiento	46
9.2.9.3.	El Consentimiento Informado.....	48
9.2.10.	Responsabilidad penal	54
9.2.11.	Responsabilidad ético disciplinaria	55
9.2.12.	Responsabilidad administrativa.....	57
9.2.13.	Responsabilidad disciplinaria.....	57
9.2.14.	Responsabilidad contencioso administrativa	57
9.3.	Culpa medica:.....	58
9.3.1.	Prueba de la culpa	59
9.3.2.	Hipótesis de la culpa médica.	62
9.3.3.	Perdida de la oportunidad	64
9.3.4.	Derecho comparado México y España.	66
10.	CONCLUSIONES	70
11.	PROPUESTA, LINEAMIENTOS Y RECOMENDACIONES	71

Lineamientos jurídicos de los procedimientos estéticos.....71

12. BIBLIOGRAFÍA 77

13. ANEXOS 78

1. Índice de figuras

	Pág.
Figura 1. Responsabilidad civil extracontractual.	36
Figura 2. Proceso disciplinario Tribunal de Ética Médica.	73

2. Resumen

En Colombia, la responsabilidad legal generada de un mal procedimiento estético es amplia, pues la mala praxis de quien realiza procedimientos estéticos puede traer consigo consecuencias jurídicas dependiendo de la gravedad del caso, por regla general todo procedimiento se deriva del acto médico y es el galeno, quien debe garantizar a su paciente el adecuado seguimiento en cuanto a protocolos científicos que se refiere además de la especialidad demostrando que actuó conforme a los parámetros necesarios desde la ética profesional, teniendo en cuenta que el país desde su sentido proteccionista garantiza la inspección, control y vigilancia de las actividades médicas, así como también cuenta con un tribunal de ética médica, quienes actúan de conformidad con los criterios para sancionar a los médicos desde las actuaciones ético-profesionales, a su vez en derecho desde las áreas civil, penal y administrativo.

La responsabilidad, es de medios por regla general, pero jurisprudencialmente en ciertos casos como lo es la cirugía plástica, estableciendo en materia contractual un compromiso por parte del cirujano a garantizar un resultado específico, sin embargo, las especialidades médicas que se dedican a los procedimientos estéticos como son dermatología, cirugía plástica y estética no están reglamentadas, lo que genera inseguridad; además los órganos de inspección, control y vigilancia, tienen muchas funciones lo que les impide cumplir a cabalidad con el control especialmente de los centros médicos estéticos que proliferan.

Palabras clave: responsabilidad, mala praxis, galeno, control y ética.

3. Introducción

La responsabilidad médica, ha trascendido junto con el campo de la medicina, cada día presenta más avances tal como es el caso de la estética médica comprendida dentro de las especialidades médicas: estética, cirugía plástica y dermatología; por tal razón una prestación de servicios se convierte en un contrato que produce efectos jurídicos.

Colombia es uno de los países latinoamericanos con mayor auge en estética, en especial la cirugía plástica, sin embargo, va acompañada de escándalos que muchas veces surgen de la desgracia de una persona que se convierte en víctima, por tal razón el galeno debe rendir cuentas a la jurisdicción ordinaria y al tribunal de ética médica que son los encargados de evaluar su desempeño ético-profesional.

La gran demanda de las cirugías plásticas, género en el 2014, un proyecto de ley para reglamentar esta especialidad, pero quedó ahí, lo que genera una desprotección, pues culturalmente la sociedad colombiana no tiene precaución al momento de realizarse un procedimiento y a pesar de la existencia de los órganos de control, siempre generan afectaciones, presentándose algún tipo de responsabilidad proveniente de la obligación del vínculo jurídico.

El método analítico, en este trabajo se realiza de conformidad con el análisis de normatividad, jurisprudencia y artículos científicos, para determinar los lineamientos jurídicos existentes y establecer los faltantes necesarios.

4. Planteamiento y formulación del problema

En Colombia, los procedimientos estéticos se han convertido en el día a día de muchos médicos; en especial aquellos que se dedican al campo médico estético como son cirujanos plásticos, médicos estéticos y dermatólogos. Sin embargo, actualmente son muchas las personas, en especial mujeres, víctimas de errores médicos o de falsos médicos.

Según estudio de la Sociedad Internacional de Cirugía Plástica y Estética – ISAPS del 27 de junio de 2017, Colombia ocupa el onceavo (11º) lugar a nivel internacional, con un total de 505.161 procedimientos con un porcentaje del 2.1% del total de la población mundial con respecto a la demanda de procedimientos cosméticos a nivel mundial.

La responsabilidad en Colombia, respecto de estos casos o casos similares, se encuentra a disposición de la jurisdicción ordinaria, los jueces civiles son quienes deciden en materia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual existente en los servicios médicos respecto al

orden patrimonial; actualmente los médicos, hospitales, clínicas, consultorios...etc..., que prestan estos servicios, tienen la posibilidad de adquirir una póliza de garantía que ampare económicamente, la responsabilidad de las afectaciones y / o consecuencias de los procedimientos, originadas del consentimiento informado y la existencia de un contrato que genera vínculos jurídicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante señalar que existe gran controversia en la determinación del tipo de responsabilidad existente de quienes practican procedimientos estéticos. Para la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica y reconstructiva, la responsabilidad es solo de medio, tal y como lo indican en la declaración de los principios numeral tres (3) publicado en su página web¹. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia el 5 de marzo de 1940, hace distinción de obligaciones de medios y de resultado, estableciendo que por lo regular la obligación derivada de todo acto médico es de medio, pero que asume una de resultado en una cirugía de fines estéticos. En noviembre 26 de 1986, hace referencia a la obligación en relación al contrato; pues si en éste se aseguró un resultado y no lo obtiene, será culpable y deberá indemnizar a la víctima. En sentencia SC 7110-2017, se estableció:

“En consecuencia, los errores cobijados por el marco de excusabilidad, se relacionan con los que ocurren a pesar de la idoneidad y de la experiencia médica, punto en el cual, es bueno señalar que los médicos, están guiados, en general, por un régimen de obligaciones de medios (salvo algunas excepciones), no son infalibles, porque muy a pesar suyo y del cuidado, es probable, el paciente resulte lesionado.”¹

Por tal razón, es difícil establecer la responsabilidad o consecuencias jurídicas a las que se somete quien realiza un mal procedimiento estético invasivo.

La inexistencia normativa que regule la actividad es un vacío que no permite una claridad total en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que existe una posibilidad que se genere una obligación de resultado de los procedimientos más específicamente en materia estética.

¹ CO. SC 7110-2017

El presente estudio, tiene por finalidad identificar la eficacia de la normatividad sustancial y procesal colombiana en caso de presentarse una complicación o daño derivado de un procedimiento estético invasivo; así como identificar las funciones y competencias de las organizaciones encargadas de ejercer seguimiento, control y vigilancia para evitar malos métodos en el quirófano, determinar el alcance de responsabilidad existente por parte de los intervinientes en el procedimiento estético y sugerir ciertos lineamientos, organizaciones y administración que se consideren necesarios exigir a quien preste el servicio de Cirugía Plástica, estética y reconstructiva.

Para desarrollar lo anteriormente descrito, se tendrá en cuenta la normatividad vigente con relación a la ética médica, responsabilidad civil contractual y extracontractual, doctrina, jurisprudencia, estudios, investigaciones y documentación relacionados con el tema de estudio.

5. Justificación

La problemática actual es equivalente al número de personas afectadas psicológica y físicamente a consecuencia de los procedimientos estéticos invasivos, pues muchas de ellas fallecen en la clínica al momento de realización de la cirugía, y en otras ocasiones los pacientes sufren secuelas derivadas de dichos procedimientos.

De conformidad con lo anterior, Colombia se encontraba para el año 2017 en 11° lugar en procedimientos estéticos invasivos. Es decir, según las estadísticas globales de la Sociedad Internacional de Cirugía Plástica Estética – ISAPS, este lugar es equivalente al 2.1% de la población mundial y a pesar de existir normatividad en materia médica y estética.

Colombia no tiene estadísticas propias para determinar la cantidad de procedimientos estéticos realizados en el país; sin embargo, los procedimientos estéticos tienen gran demanda en el país, por tal razón en el mes de septiembre del año 2014 se presentó un proyecto de Ley que pretendía regular el ejercicio de la cirugía plástica, estética y reconstructiva en Colombia.

El director del Instituto de Medicina Legal, Carlos Valdés, informó que en Colombia para el 2016 aumentaron las muertes a consecuencia de procedimientos estéticos en el país a más del 50% y por tal razón se convierte en una gran problemática pues a pesar de existir entes encargados de realizar seguimiento, control y vigilancia, parece no ser suficiente.²

Teniendo en cuenta lo anterior, se genera la necesidad de realizar la propuesta de investigación sobre las normas expedidas en Colombia, para la prevención de procedimientos médicos incorrectos y protección de las víctimas de malas prácticas, estafas y/o errores: identificando los lineamientos o procedimientos jurídicos a seguir por parte de la víctima, en caso de presentarse un problema de responsabilidad referente a procedimientos médicos estéticos invasivos.

Esto se llevará a cabo con el fin de encontrar mayor eficacia de los mecanismos de protección y prevención de procedimientos y cirugías plásticas, estéticas y reconstructivas y el alcance normativo y jurisprudencial que estos pueden llegar a tener.

6. Objetivos

6.1.General

Establecer la responsabilidad legal derivada de procedimientos estéticos invasivos.

6.2.Específicos

- Considerar los diferentes tipos de procedimientos estéticos existentes, así como el personal e instituciones involucradas en la práctica y realización de procedimientos estéticos.
- Contrastar los diversos tipos de responsabilidad que se pueda derivar de un procedimiento estético invasivo, según lo establecido en el ordenamiento legal colombiano y la evolución jurisprudencial aplicable a la materia.

² Periódico El Tiempo, 16-03-2017

- Determinar el procedimiento jurídico que debe seguir el afectado por un procedimiento estético invasivo.
- Sugerir los lineamientos, organización y administración que debe tener una persona natural o jurídica que preste el servicio de cirugía plástica, estética y reconstructiva, al igual que sus establecimientos de comercio.

7. Diseño metodológico

La presente investigación será realizada con enfoque Analítico. Se plantea realizar una serie de técnicas, instrumentos y todo el procedimiento necesario para llegar a la respuesta de la pregunta planteada en la presente propuesta de investigación, que reza: ¿Qué responsabilidad legal generan los procedimientos estéticos invasivos y cuáles son las consecuencias que generan un mal procedimiento?

Búsqueda que se iniciará basada en un método de investigación descriptiva, utilizada para describir la realidad de la situación que se está abordando respecto de la responsabilidad legal, generada por los procedimientos estéticos invasivos y las consecuencias que estos acarrearán, en primer lugar mediante un estudio de casos que emita la jurisprudencia y la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, seleccionados al azar, en segundo lugar la recolección y análisis de los diferentes estudios desarrollados frente a la responsabilidad médica en la práctica de estos procedimientos y las consecuencias de las mismas,

Así mismo se tomará en cuenta la efectividad de un proceso de responsabilidad médica y las garantías del afectado en este proceso, desde la ejecución de un análisis a la normatividad existente en el tema y así determinar su alcance y efectividad.

7.1. Método

Para el desarrollo de esta investigación será implementado el método analítico (inclusión científica, inclusión incompleta y lógico inductivo), respecto del análisis de la normatividad, artículos, revistas científicas, jurisprudencia e identificar la responsabilidad existente en

referencia a procedimientos médicos estéticos invasivos y así el establecer el procedimiento jurídico a seguir por parte de las víctimas de esta problemática

De igual manera nuestra investigación aplica en la rama de la investigación jurídica dogmática, teórica y práctica, la dogmática aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, constituida por las fuentes formales como son la jurisprudencia, los conceptos del Ministerio de Salud en Colombia, los casos y estadísticas reportadas por la sociedad colombiana de cirugía plástica y los diferentes estudios desarrollados frente a la responsabilidad médica en la práctica de estos procedimientos, la teórica que realiza en un contexto teórico y el objetivo consiste en desarrollar conceptos mediante el descubrimiento de la posibilidad de enunciar generalizaciones o principios, resultado del análisis de la normatividad y los diferentes estudios sobre la información emitida por la jurisprudencia, Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica.

8. Marco legal

La evolución de la reglamentación jurídica en Colombia está conformada por distintos tipos de normas: por un lado, aquellas relacionadas con la ética médica y por otra parte las que hacen relación a los procedimientos estéticos.

Las primeras hacen referencia a los médicos en general, su titulación y la existencia del tribunal de ética médica. Basado en lo anterior la normatividad existente es la siguiente:

- Ley 23 de 1981, por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica.
- Decreto 3380 de 1981, por medio de la cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.
- Ley 14 de 1962, por medio de la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía.
- Ley Estatutaria 1751 del 2017, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

Respecto de las relacionadas a sitios y procedimientos estéticos:

- Ley 1799 del 25 de Julio de 2016, por medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones.
- Ley 711 de 2001, por medio la cual se reglamenta el ejercicio de la ocupación de la cosmetología y se dictan otras disposiciones en materia de salud estética.
- Resolución 02263 de 2004, por medio de la cual se establecen los requisitos para la apertura y funcionamiento de los centros de estética y similares y se dictan otras disposiciones.

Como podemos observar, es posible establecer que existen grandes vacíos normativos, por lo cual se presentan conflictos en materia de responsabilidad; sin embargo, el marco normativo existente tiene como finalidad la protección de quienes son sometidos a procedimientos quirúrgicos y estéticos.

Actualmente, es un tema que ha generado preocupación en general, por tal razón se presentó el proyecto de ley 92 de 2014 y el proyecto de acuerdo número 349 de 2005 que establece el comité auxiliar de vigilancia y evaluación de las instituciones prestadoras de servicios de cirugía plástica y reconstructiva.

De esta forma, a pesar de los vacíos normativos, se han buscado alternativas en cuanto a la rigurosidad que debe existir para el desarrollo de este tipo de prácticas médicas, tal y como lo establece la ley 23 de 1981, que señala:

“ARTÍCULO 1o. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica:

1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

2. *El hombre es una unidad psíquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.*

En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

3. *Tanto en la sencilla investigación científica antes señalada como en las que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardian los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.*

4. *La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.*

5. *Conforme con la tradición secular, el médico está obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con mirar a preservar la salud de las personas y de la comunidad.*

Cuando quiera que sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la medicina o a regentar cátedras en las mismas, se someterá a las normas legales y reglamentarias sobre la materia, así como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional.

6. *médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y solo la verdad.*

7. *El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. {Es entendido que el trabajo o servicio del médico sólo lo beneficiará a*

él y a quien lo reciba. Nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente}.

8. Cuando el médico emprenda acciones reivindicatorias en comunidad, por razones salariales y otras, tales acciones no podrán poner en peligro la vida de los asociados.

9. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.” (ley 23 , 1981)

Desde el punto de vista estatal, son pocas las normas en relación a la cirugía plástica, y los entes no gubernamentales en su lucha han implementado estrategias para evitar que surjan afectaciones de índole psicológico y/o físico, como es el caso de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, quien creó un manual de prevención de riesgos en cirugías estéticas, así como la explicación de cada procedimiento. No obstante, lo anterior, existe desconocimiento de este tipo de entidades por parte del común de la humanidad.

Por último, se puede inferir que, en Colombia, no existe una investigación específica y veraz que haga una relación de aquellas personas que se convierten en afectados por malas prácticas, desinformación y errores médicos.

9. Marco teórico

Para poder comprender de mejor manera la temática de este documento es necesario comprender la función que tiene el cirujano y la percepción que tiene frente a su actividad, además la percepción de la responsabilidad. La responsabilidad es tan compleja y tan antigua como nuestro código civil, sin embargo, con el actuar de las personas se ha visto la necesidad de clasificarlas de conformidad con el hecho que dio lugar, conllevando a que se tornen distintas posiciones acerca de ella.

Para Kelsen, en su teoría del Derecho la responsabilidad tiene la necesidad de reparar, por tal razón, la responsabilidad se puede establecer en cuatro sentidos: el primero, como obligaciones derivadas de un cierto cargo, papel o relación; segundo, la responsabilidad en el sentido de factor causal indicando que un acto es consecuencia de algún efecto; tercero, la responsabilidad como

capacidad y estado mental; y, en cuarto lugar, la responsabilidad como punible o moralmente reprochable. Teniendo en cuenta que de esta manera se toma un sentido jurídico de responsabilidad pues se toma como una reacción al ordenamiento jurídico que relaciona al sujeto y la sanción.³

Por otro lado, Ripert, en la teoría del riesgo, parte del supuesto según el cual todo perjuicio debe atribuirse a su autor y repararse por el que lo ha ocasionado, porque todo problema de responsabilidad civil, se reduce a un problema de causalidad, cualquier hecho del hombre obliga a quien ha perjudicado a reparar el perjuicio.⁴

¿Cómo este aporte contribuye a la investigación?

La presente investigación busca encontrar el alcance de la responsabilidad frente a procedimientos estéticos invasivos; por lo tanto las teorías de Derecho de responsabilidad y teoría del riesgo, brindan los criterios para el comienzo de la búsqueda, tales como la responsabilidad derivada de la obligación a la cual está comprometida el galeno, la causa y efecto relacionado con los procedimientos y las secuelas o afectaciones que se puedan generar o la aplicación a la ley general donde todo perjuicio debe ser atribuido al autor.

La responsabilidad se toma como una reacción al ordenamiento jurídico, pero si no está previamente establecido como sucede con la responsabilidad médica pues la Corte Suprema de Justicia la señala como una responsabilidad de medios y excepcionalmente de resultados, pero sin darle una información detallada del término excepcionalmente por tal razón se torna confuso determinarlo.

³ Vigo, R. L. (2012). De La Interpretación De La Ley A La Argumentación Desde La Constitución: Realidad, Teorías Y Valoración/From Interpretation Of The Law To Argumentation Based On The Constitution: Reality, Theories And Assessment/Da Interpretação Da Lei À Argumentação A Partir Da Constituição: Realidade, Teorias E Valoração. *Dikaion*, 21(1), 187-227. Retrieved

From <https://bbibliograficas.Ucc.Edu.Co:2149/Docview/1324973331?Accountid=44394>

⁴ Neme Villarreal, M. L. (2012). El error como vicio del consentimiento frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato. *Revista De Derecho Privado*, 22 Retrieved from <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2149/docview/1438741754?accountid=44394>

El Código Civil Colombiano (Ley 87 de 1887), establece como primera medida la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo en cuenta que la responsabilidad contractual, es aquella que se deriva de un acuerdo de voluntades y la responsabilidad civil extracontractual es aquella inicialmente se toma de referencia la posición tomada por la asociación colombiana de cirugía plástica para quienes la responsabilidad es netamente de medios. Sin embargo, a partir de aquí surge la controversia que se analizará, según la cual la profesión médica tiene principios éticos como cualquier profesional, pero son ellos quienes se distinguen de los demás por las implicaciones humanísticas tienen en referencia al desarrollo.

En la actualidad no existe reglamentación normativa al respecto, solamente el archivado proyecto de Ley 92 de 2014, que buscó establecer el marco legal de la cirugía estética, y por tal razón, debemos tomar en cuenta la definición de cirugía plástica como se encuentra en el proyecto de ley que lo define de la siguiente manera:

Desde el punto de vista estatal, son pocas las normas en relación a la cirugía plástica y los entes no gubernamentales en su lucha han implementado estrategias para evitar surjan afectaciones de índole psicológico y/o físico como es el caso de la sociedad colombiana de cirugía plástica quien creó un manual de prevención de riesgos en cirugías estéticas, así como la explicación de cada procedimiento sin embargo existe desconocimiento de este tipo de aquellas personas que se convierten en afectados por malas prácticas, desinformación y errores médicos.

De lo anteriormente expuesto, se desarrollarán los temas de responsabilidad, iniciando desde el acto médico, responsabilidad civil, contractual y extracontractual, consentimiento informado, culpa, carga probatoria, derecho comparado con México y España, así:

9.1. Acto médico

*La medicina es una ciencia que se encarga de estudiar la vida y salud del ser humano, como consecuencia de esto surgen distintas actuaciones para desarrollar y encontrar soluciones a la misma, la medicina según la historia comienza con **Hipócrates**, un médico de hace 2.400 años, quien descubrió muchas enfermedades y algunos medicamentos, fue un maestro que recalco a su*

*alumnos ayudar al enfermo, proteger siempre la vida y a conservar el secreto de una enfermedad, actos de juramento que a la fecha se mantienen.*⁵

Según la revista médico legal, el acto médico es la relación médico-paciente y todo lo que ello implica, relación que surge por decisión voluntaria de ambas partes, por acción unilateral en caso de emergencia, por petición de terceros y por un compromiso en el caso de las entidades prestadoras de servicios en salud. El acto médico se puede clasificar en acto médico directo, el cual hace referencia a la actividad desarrollada con el fin de curar, rehabilitar y/o aliviar y este viene acompañado del acto médico documental y es vista como la garantía legal a lo realizado pues dentro de este encontramos la historia clínica, la fórmula médica y el certificado médico. De lo anterior, el Acta Medica colombiana, señala cuatro características fundamentales a tener en cuenta en el tema que nos ocupa, como son:

- ✓ **Profesionalidad:** Vista desde el punto que solo la realiza el medico profesional.
- ✓ **Ejecución típica:** Lex artis ad hoc.
- ✓ **Objetivo:** Curación y rehabilitación
- ✓ **Licitud:** Concordancia con la Ley.

De igual manera, se debe tener en cuenta que, en este caso de relación médico-paciente, el objetivo del médico es colocar los medios para sanar, curar y prevenir enfermedades, así como el realizar procedimientos médicos o quirúrgicos, basándose en aquellos conocimientos, técnicas y el cuidado personal, acciones realizadas sin garantizar resultados, lo único que se refleja por parte del médico, es la advertencia de los posibles riesgos y complicaciones.⁶

9.1.1. **Acto médico directo.** De conformidad a la revista Acta Medica Colombiana, los actos médicos directos son aquellos actos mediante los cuales el medico busca obtener un alivio o curación, dentro de los cuales podemos describir los **preventivos** los cuales advierten o recomiendan medidas para evitar la aparición de proceso patológicos, los **diagnósticos**, en los cuales nos referimos a la opinión del médico

⁵ Jaramilo Antillon, Juan., *1 parte historia y filosofía de la medicina*, Pag. 165.

⁶ Guzman Mora, Fernando, Sociedad de Anestesiología y reanimación – SCARE, Revista colombiana para los profesionales de la salud, el Acto Médico: Consideraciones esenciales.

respecto de la observación o el laboratorio, los **terapéuticos**, aquellos que se encargan del tratamiento de la enfermedad como tal y de **rehabilitación**, son las medidas complementarias a la terapéutica con el fin de reincorporar el paciente a su entorno social.⁷

9.1.2. Acto médico documental. Es un complemento a los anteriores y su trascendencia es meramente legal, teniendo en cuenta que son aquellos documentos esenciales dentro de cualquier reclamación como son el certificado médico, las formulas o autorizaciones y la historia clínica. La historia clínica es importante desde el punto de vista asistencial donde el medico plasma el tratamiento o los pasos a seguir con el mismo aunque este, esté ausente, al igual que en la formación docente, investigativa en los proyectos que se generen, social, de control de calidad al momento de ser vigilado por las entidades respectivas entre ellas la Secretaria de salud y la Superintendencia, en el ámbito administrativo tratándose de la organización económica, financiera, educativa, preventiva, informativa que sostenga la persona natural o jurídica que preste dicho servicio y por ultimo tenemos el área médico legal, donde observamos la historia clínica como aquella donde se expresan los hechos, los procedimientos y exámenes realizados, al igual que los datos del médico o personas que intervengan en el ejercicio. De igual manera, se debe tener en cuenta que la historia clínica es información íntima del paciente que debe dar aplicación de la ética. La Ley 23 de 1981, en su título II Capítulo III artículo 34, señala: “**ARTÍCULO 214. EXCEPCIONES AL DEBER DE TESTIMONIAR.** *No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: ...*”

2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.” (Ley 23 , 1981)

Respecto del secreto profesional y el área legal que nos ocupa, la misma ley en su artículo 38, considera que el secreto profesional se puede revelar entre otros a las autoridades judiciales o de higiene y salud, área procesal y en los casos previstos por la Ley.

⁷ Acta medica colombiana Vol. 19 N3 – mayo – junio 1994.

9.1.3. **Acto médico y acto jurídico.** El acto médico es considerado un acto o un hecho jurídico debido a que de toda acción se deriva una consecuencia jurídica. En el momento en que el médico maneja, técnicas y conocimientos para llegar a un resultado, este fin tiene implicaciones legales, siendo el acto médico una fuente que emite consecuencias jurídicas tanto para el médico como para el paciente. Aquí el paciente se denomina como sujeto pasivo, que como ser humano es poseedor de derechos, donde el médico debe protegerlos y se compromete a defenderlos o recuperarlos, estos derechos son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y su integridad; derechos reconocidos constitucional y legalmente como Derechos Subjetivos, que al momento de alegarlos o invocarlos se da una interpretación diferente, debido a la consagración del derecho o su aplicación.

De lo anterior, se debe tener en cuenta el acto médico como:

- **Derecho objetivo:** Es la norma o el conjunto de normas.
- **Derecho subjetivo:** La facultad que se tiene para exigir el cumplimiento de la norma.

Esta clasificación nos lleva a comprender que el acto médico es un elemento que desata, en una norma, las obligaciones del médico provienen de una actividad consiente sobre el paciente. De igual manera, debemos tener en cuenta que el médico no solo tiene una responsabilidad civil o penal, sino que también existe las normas de conductas morales, que finalmente resulta apreciarse como de todo acto médico se deriva una consecuencia legal.

El acto médico puede generar dos tipos de consecuencias, el acto y el hecho jurídico, ambos se encuentran regulados en la legislación civil y penal, las actuaciones del médico son consideradas actos jurídicos, llegando a estimar un contrato consensual que se perfecciona por la mera voluntad explícita en la manifestación del consentimiento de las partes, donde si el médico cumple genera derechos a su favor y si incumple genera una sanción, es decir si se afecta los derechos del paciente será juzgado bajo EL LEX ARTIS, considerando su responsabilidad.

- **Lex artis ad hoc:** Conocida como Ley del Arte, que se refiere a que, si la actuación que presta un profesional es correcta o no, o si se ajusta o no a lo que debe hacerse, si dicha acción se ajusta al concepto favorables al momento de ser juzgado.
- **Lex artis:** Se aplica como tal a la obra o resultado obtenido por un profesional, es decir tener en cuenta la exigencia, los requisitos de legitimación en la actuación, la eficacia en los procedimientos, y la posible responsabilidad por el resultado de la intervención.

9.1.4. **Acto médico como contrato.** Según el Autor, Dr. Fernando Guzmán Mora, es de amplia discusión establecer *¿Qué tipo de contrato?*, se establece en la relación de medico a paciente, entre ellos se ajusta el de prestación de servicios, el de obra, el innominado...etc., pero según estudios el más acertado es el contrato de servicios o asistencia médica, ejecutando obligaciones de medio mas no de resultado, teniendo en cuenta que el médico no puede curar a enfermo. Por otro lado, se tiene como obligación de resultado como tal, el empeño, la diligencia, la pericia, el conocimiento y la prudencia, esta misma situación se ve planteada en otras profesiones como por ejemplo el área del derecho “*un abogado no garantiza que el pleito saldrá a favor de su cliente*”, en estos casos solo se garantiza el actuar, los medios a utilizar en dicho proceso. Se considera como un contrato bilateral, generando obligaciones y responsabilidad para ambas partes, un contrato consensual debido a que su perfeccionamiento se genera bajo el acuerdo de ambas partes contractuales, sin que exista solemnidad para su validez, documento que al momento de generarse un conflicto genera responsabilidades.⁸

9.1.4.1. **Elementos del contrato.** Estos versan sobre los **sujetos**, paciente (sujeto pasivo, que como ser humano tiene derechos) y médico, el **objeto** considerado como la recuperación o conservación de la salud y la **obligación** de medios, a excepción de las cirugías plásticas, lo señala el autor. Al igual que se le da vital importancia a los **motivos** que llevan a las partes a suscribir el acuerdo.

⁸ Guzman Mora, Fernando, Sociedad de Anestesiología y reanimación – SCARE, Revista colombiana para los profesionales de la salud, el Acto Médico: Consideraciones esenciales.

9.1.4.2. **Obligaciones y deberes del médico.** Se pueden considerar entre otras las siguientes:

- ✓ ***Secreto profesional:*** Como se apreciaba anteriormente, el secreto profesional, se establece como aquello que, en el entorno de su profesión, se escuche, vea o comprenda, y que ética y legalmente no se debe divulgar. Dentro de este secreto profesional se pueden resaltar tres tipos como son:

Absoluto: En el cual el medico sea particular o ante cualquier autoridad judicial, no debe revelar nada.

Relativo: Hace referencia a no conservar información frente a la justicia y así colaborar con la investigación

De conciencia: El medico deberá divulgar la verdad.

- ✓ ***Información inadecuada y consentimiento:*** *Dicho consentimiento debe estar completamente libre de los vicios de error, fuerza y dolo, el error que constituye una falsa representación de la realidad, la fuerza, ocurre cuando por medio de la coerción, ya sea físico, mediante intimidaciones o amenazas, se obligue a celebrar el contrato y el dolo caracterizado por el engaño para obtener que otra persona celebre el negocio jurídico o lo realice bajo las condiciones enviadas por este.* En los actos médicos, de igual manera se deben tener como requisitos, la capacidad para prever los riesgos y alternativas; posesión del derecho también llamada como la titularidad del derecho y por último la libertad, que se puede ver atentada al momento de una falsa información o engaño por las partes.

Para llegar al análisis y objetivo del presente proyecto, se debe tener en cuenta los siguientes, términos:

Documento: Se tiene recomendación donde se establezca la práctica del acto médico, especialmente en el momento de un tratamiento riesgoso o un procedimiento invasivo, de igual manera se debe tener en cuenta que en casos de emergencia se debe omitir y dejar la respectiva

aclaración en la historia clínica; documento que se entiende como una prueba de que existe un acuerdo con la voluntad del enfermo y materializan las condiciones para un contrato de prestación de servicios.⁹

Reversibilidad: Se considera que unilateralmente se puede dar por terminado dicho contrato, existiendo una revocatoria por arte del paciente, así como el cambiar de médico.

Obligación de conocimiento: Para que un ser humano sea considerado apto para ejercer la profesión, deber ser conseguido después de una etapa de estudio y práctica, capaz de estructurar individualmente respuesta a los diferentes casos, tener un dictamen en el menor tiempo, y así llegar a aplicar su actividad profesional.

Obligación de diligencia y técnica: En este caso, se habla de la disposición de ánimo y conocimientos claros por parte del médico, y así utilizar su capacidad intelectual, las manos y los instrumentos necesarios para mejorar la calidad de vida y dignidad.

Obligación de continuidad de tratamiento: Esta obligación tiene validez hasta que el enfermo o paciente se sane, o voluntariamente contrate los servicios de otro médico o institución.

Certificado médico: Es aquel documento donde se plasman los hechos, narrados por el paciente, con su respectiva valoración, los procedimientos y medicamentos aplicados,

Acto médico privado: Es aquel por medio del cual el paciente tiene su relación personal con el médico escogido una relación que genera un contrato consensual, en el cual se compromete a ejercer acciones y utilizar medios para devolver o mantener la salud a quien se le debe cancelar dichos honorarios.

Acto médico institucional: Son aquellos restados a través de hospitales, clínicas, instituciones robadas, medicina prepagada. Donde el contrato se produce contra el médico al igual que la institución como un tercero.

⁹ Acta medica colombiana Vol. 19 N3 – mayo – junio 1994.

Derechos del paciente: De conformidad con lo establecido por la Asociación médica Mundial, se tiene que el paciente tiene derecho a escoger su médico, tomar decisiones que intervenga sobre su organismo, tener información sobre la enfermedad.

Deberes del paciente: Entre otros se tiene a cumplir con las normas, respetar a los médicos, enfermeras y demás intervinientes, y/o firmar orden de salida.

Derechos del médico: Siguiendo los parámetros establecidos en la Ley, se tiene como derechos del médico el ejercer la profesión, una vez se cuente con los requisitos; el trato digno por arte del paciente y sus familiares; no prestar servicios en caso que no sean de urgencia, intervenir en casos de urgencia, solicitar junta médica, solicitar la propiedad intelectual de sus trabajos, el derecho al buen nombre y honra y al debido proceso.

Inversión de la carga de la prueba: Teniendo en cuenta que al acto médico es de medios y no de resultados, se considera que la carga de la prueba está en cabeza del paciente, teniendo en cuenta, que el actor es el médico y existen momentos en los que es difícil adquirirla.

De lo anteriormente expuesto y con el fin de continuar con el tema que nos compete, se debe dar a conocer, los siguientes conceptos:

Cirugía: Es considerada la rama de la medicina que se dedica a curar, por medio de operaciones. Entre ellas encontramos, la cirugía general encargada de operaciones gastrointestinales y glándulas endocrinas, la cirugía traumatológica u ortopédica que busca solucionar problemas del aparato locomotor tanto en los músculos como en las partes Oseas, de igual manera existe la cirugía plástica cuyo objetivo es embellecer o restablecer una parte del cuerpo, entre la cual existen intervenciones como:

- *Rinoplastia:* Cirugía utilizada para modificar la estructura de la nariz.
- *Otoplastia:* En aquellas cirugías estéticas se modifica las orejas.

- *Lifting*: Es un procedimiento utilizado para el estiramiento facial, para acabar con las arrugas.
- *Aumento de mamas*: Cirugía estética en la cual se modifica el tamaño de los senos.
- *Addominoplastia*: Procedimiento utilizado para reducir el abdomen.

Procedimiento invasivo: Según al artículo segundo de la Resolución 2263 del 2004, “*Es aquel procedimiento realizado por un profesional de la medicina en el cual el cuerpo es agredido química y/o mecánicamente o mediante inyecciones intradérmicas y/o subcutáneas, o se introduce un tubo o un dispositivo médico*”. (Resolución 2263, 2004)

Laser: La aplicación del Laser en la medicina y cirugía, tiene la posibilidad de cortar, coagular y vaporizar los tejidos sin tocarlos o con manipulación mínima se traduce en disminución del tiempo operatorio, paso inocuo a través de zonas infectadas, acceso más fácil a las cavidades del cuerpo y cirugía prácticamente traumática. El Laser fue producto de la aplicación práctica de las investigaciones básicas de Einstein, quien formuló la teoría foto-eléctrica merecedora del Premio Nobel en 1917.

Toxina botulínica (Botox): Botox o toxina botulínica, ayuda a **eliminar temporalmente las arrugas de expresión**, es una toxina que impide que el músculo se contraiga.

Ácido hialurónico: Es una sustancia que se encuentra en numerosos tejidos y órganos de nuestro cuerpo como, por ejemplo, en el tejido conectivo que sostiene la columna vertebral, en los cartílagos, en el líquido sinovial de las articulaciones o en nuestra epidermis.

Hilos tensores: Son tratamiento facial médico-estético para combatir la flacidez y el descolgamiento sin cirugía, estimulan la producción de colágeno, también conocidos como lifting japonés. La principal diferencia es que están hechos de materiales reabsorbibles con polidioxanona, un material utilizado en cirugía vascular.

9.1.4.3. Especialidades de la medicina relacionadas:

Cirugía plástica (reconstructiva y estética): Esta tiene por objeto la corrección y mejoramiento de anormalidades de origen congénito, adquirido, tumoral o involutiva que requieran reparación o reposición de la forma corporal y su función, seguida de un tratamiento para reconstruir las deformidades y proporcionar función transportando tejidos del mismo cuerpo con múltiples técnicas, el uso de implantes de materiales biocompatibles ya sea para soporte o función (movimiento), o la combinación de los dos, utilizados en pacientes que han nacido con un defecto congénito, o que ha sufrido un accidente con pérdida de la función alcance la mayor normalidad, tanto en su aspecto como en la función de su cuerpo y/o personas que deseen cambiar su aspecto ante inconformidad con su apariencia. La cirugía plástica se ha dividido en dos campos de acción:

- Cirugía reconstructiva o reparadora, está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma, los defectos de una malformación congénita y de una resección tumoral u oncológica, entre otros: osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.
- Cirugía estética o cosmética, es realizada con la finalidad de modificar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente, como la mamoplastia de reducción

Dermatología: Rama de la medicina que se encarga del estudio, conocimiento y el tratamiento de las enfermedades o afecciones de la piel, prevención de las enfermedades, higiene, protección y apariencia de la piel humana, su función es abarcar la protección contra agentes físicos, químicos, radiaciones, virus, hongos y bacterias.

9.2.Responsabilidad

El concepto de responsabilidad, se toma como una reacción a la infracción de un individuo o entidad, la responsabilidad surge como una consecuencia de un acto de una persona u organización, esto generalmente ocurre cuando la consecuencia genera una afectación.

En Colombia, la responsabilidad proviene de la teoría francesa y continua guiándose por el derecho francés sin embargo los inicios de la responsabilidad son bastante antiguos desde la época de dominación romana, es posible determinar que el primer tipo de responsabilidad en Colombia, es la responsabilidad estatal con la falla del servicio, sin embargo en la constitución del 86, el Estado no debía responder y fue tomada a través de la *culpa in eligiendo* y la *culpa in vigilando* las cuales actualmente hacen parte de la responsabilidad civil extracontractual y en 1991, la Asamblea Nacional Constituyente, introduce la responsabilidad estatal especificada en el artículo 90 de la constitución política de Colombia. Actualmente, este artículo es el arma principal para solicitar la protección frente a una mala práctica en materia de responsabilidad.

Los orígenes de la responsabilidad tienen sus más amplios antecedentes en el derecho romano y el derecho francés, tomando mayor importancia el ultimo mencionado, puesto que en el derecho romano “ LA LEY DEL TALION” que se encontraba en el “CODIGO HAMMURABI” básicamente comprendía el significado “ojo por ojo, diente por diente” son los inicios de la justicia restaurativa por tal razón esta ley tenía como finalidad evitar venganza, sin embargo en esta ley que hacia parte de la ley de las XII TABLAS, la víctima era quien decidía si aplicaba 100% es decir si a esa persona le partían un hueso al agresor se le hacía lo mismo, dicha ley desapareció.¹⁰.

Posteriormente la ley Aquilia o Aquiliana tomo fuerza, pues derogo todas las anteriores en la época de la república, surgió en el siglo III a. C., introduciendo la culpa y el dolo, con lo que hoy llamamos responsabilidad subjetiva (responsabilidad extracontractual) cuya finalidad era quien

¹⁰ Garrido-Gallego, Y. (2014). Responsabilidad Civil Extracontractual. *Dikaion*, 23(2), 460-464.
<http://bbibliograficas.ucc.edu.co:2076/10.5294/dika.2014.23.2.12>

generaba un DAMNUN (daño) conducta que lesiona un interés ajeno debe recibir una NOXA (pena), pues provenía de la imputabilidad culpable. ¹¹

Sin embargo, el Derecho francés, tiene su fuerza en el derecho colombiano ya que el código de Andrés Bello tiene gran incidencia del código de Napoleón, no obstante antes de este en el año 1302, aparece la figura de la responsabilidad civil penal, con la ordenanza 25 del mismo año, sin embargo los daños a bienes eran los que generaban indemnización posteriormente aparecen 3 tipos de faltas la penal, la contractual y la imprudencia o negligencia, lo que genera luego la separación de la responsabilidad civil y penal y aparece la figura de la responsabilidad y delictiva que podría ser delito(hecho intencional) o cuasidelito (hecho involuntario) y aparece en la falta contractual la falta dolosa y grave, siendo de gran importancia para el derecho, y posteriormente la jurisprudencia es la encargada de modificar y mejorar la responsabilidad. ¹²

Para Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, el concepto de responsabilidad tiene una relación entre moral y derecho, pues es de tener en cuenta que, para Kelsen, un acto jurídico y normativo proviene de una norma jurídica existente que otorga este significado, teniendo en cuenta que la norma superior es la constitución. ¹³

¹¹ Luis Carlos Sánchez Hernández luis.sanchez@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia, Colombia, De la culpa de la *lex aquilia* del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano. Revista de Derecho Privado, núm. 30, 2016Universidad Externado de Colombia.

<http://www.redalyc.org/jatsRepo/4175/417546338010/html/index.html>

¹² Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: Principio general para el derecho privado de los contratos. Revista De Derecho Privado, 23 Retrieved from <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2149/docview/1438742488?accountid=44394>

¹³ Vigo, R. L. (2012). De la interpretación de la ley a la argumentación desde la constitución: realidad, teorías y valoración/from interpretation of the law to argumentation based on the constitution: reality, theories and assessment/da interpretação da lei à argumentação a partir da constituição: realidade, teorias e avaliação. *Dikaion*, 21(1), 187-227. Retrieved from <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2149/docview/1324973331?accountid=44394>

Constitucionalmente en Colombia, la responsabilidad se encuentra mencionada en los artículos 20, 88, 90 y 91, descrita así:

“ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

“ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

“ARTICULO 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.” (Constitucion Política de Colombia, 1991)

Teniendo en cuenta la estructura Kelsiana, la constitución se encuentra complementada por el código civil, la cual a su vez se complementa de la jurisprudencia tal y como lo expone en su artículo,¹⁴ en cierto modo, desde su posición la jurisprudencia podría en sus decisiones afectar la constitución generando empobrecimiento a la misma, sin embargo, la regla general de conformidad a lo estudiado, es que aquellos quienes tienen el poder de decidir en derecho frente a un caso específico que vulnera derechos constitucionales tiene el deber de no irse en contravía de los mismos, tal como lo establece Edgar Cortes, cuando menciona el papel de los principios constitucionales en la solución de un caso en concreto, tomándolos como los parámetros del juez constitucional.

La tutela tiene como finalidad resarcir daños, realizada en la búsqueda de una protección plena que es generada por la unión de todas las áreas, por otro lado, el Código Civil, cuenta con acciones que pueden ayudar a fortalecer la protección como es el caso de la acción inhibitoria que busca evitar que la afectación continúe generándose.¹⁵

La responsabilidad, trae consigo muchas clasificaciones dependiendo del área y la afectación que genere como es el caso de la responsabilidad civil, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, una consecuencia de un acto jurídico que afecte un derecho puede traer consigo muchos tipos de responsabilidad y esta a su vez puede generar un solo presunto responsable o varios, dependiendo de los derechos vulnerados. La responsabilidad es la reacción del ordenamiento jurídico, proveniente de la relación entre el sujeto y la sanción.

En Colombia, la responsabilidad tiene muchas clasificaciones, que serán mencionadas en este trabajo, sin embargo, el enfoque estará dirigido a la responsabilidad civil.

¹⁴ Cortes, Edgar, Constitución Y Responsabilidad Civil. Una Relación Ambivalente.

¹⁵ Cortés, Édgar 2006. Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente. Revista de Derecho Privado. 11 (dic. 2006), 171-179.

9.2.1. Responsabilidad civil

El Código Civil Colombiano, (LEY 57 DE 1887) en la actualidad cuenta con 2684 artículos, organizado en 4 libros siendo el libro 4 el que hace referencia a las obligaciones y los contratos, donde se encuentra el objeto de estudio de esta investigación en los artículos 1616 y el título XXXIV llamado “**RESPONSABILIDAD COMUN POR LOS DELITOS Y LAS CULPAS**”

La responsabilidad civil, es muy amplia, su principal división es la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, para la temática de investigación es más influyente la responsabilidad civil contractual sin embargo de ella puede derivarse una responsabilidad civil extracontractual, anticipadamente existe la etapa precontractual, en la cual se puede originar conflictos y se requiera de la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual, teniendo en cuenta, que la Corte Constitucional en distintas ocasiones ha tomado en cuenta la existencia de un vínculo jurídico en esta etapa.

9.2.2. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual, se encuentra regulada en el artículo 1616 y el 2343 del Código Civil, sin embargo, esta responsabilidad por lo general esta intrínseca en el contrato, pues quien genera una afectación está obligado a resarcirla, lo anterior básicamente lo que quiere decir es que la fuente de la obligación en este tipo de responsabilidad es el contrato, pero si este guardo silencio respecto al caso, se tomara como fuente o complementara la ley. La generalidad de la responsabilidad civil contractual, es la búsqueda de derechos relativos y/o patrimoniales, que puede derivarse de la culpa (grave, leve, levísima) y el pacto contrayendo, esto generalmente se encuentra estipulado como clausula penal que se complementa con la mora.

9.2.3. Responsabilidad civil extracontractual

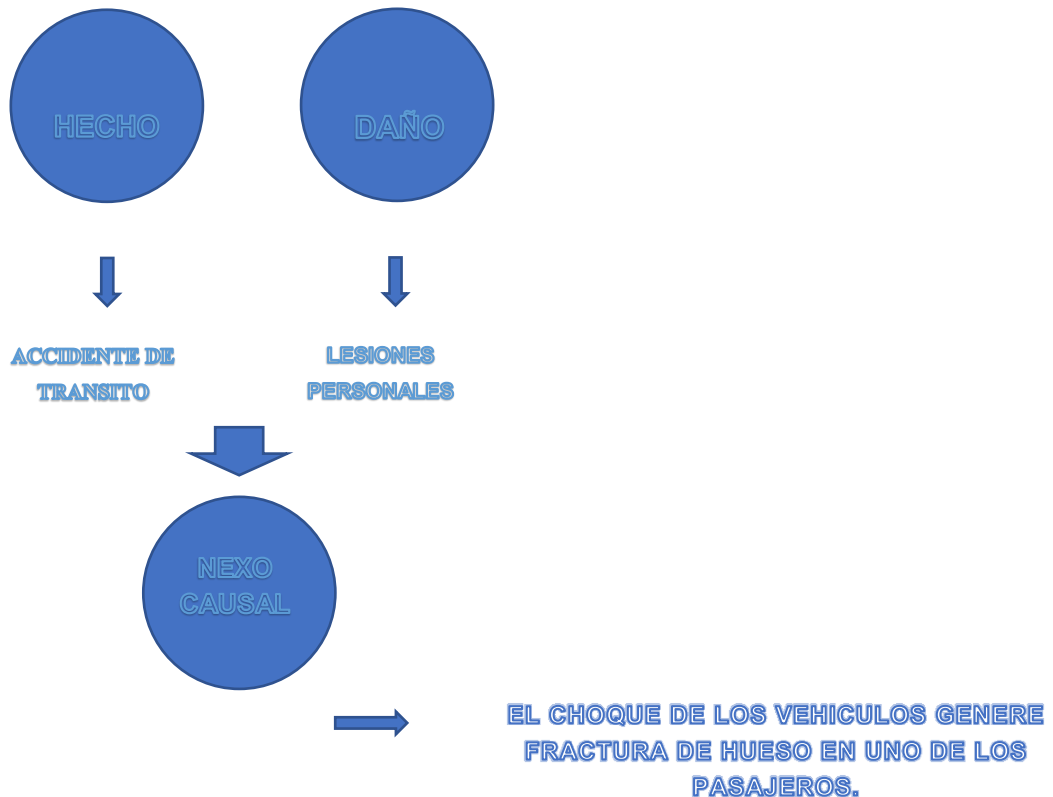
Esta responsabilidad se encuentra regulada en el artículo 2340 del Código Civil, es aquella que no se origina de un contrato, sino de un hecho que genero una afectación partiendo de lo siguiente:

1. Existencia de un hecho generador

2. Existencia de un daño
3. Existencia de un nexo causal entre ambos

Para comprender de una mejor manera utilizaremos la siguiente gráfica:

Figura 1. Responsabilidad civil extracontractual



Si se cumplen los tres puntos mencionados anteriormente es posible iniciar un proceso de responsabilidad civil extracontractual.

9.2.4. Responsabilidad civil medica

Este tipo de responsabilidad controversial y amplia ha tenido impacto a nivel mundial, especialmente en Francia, con el Code Civil, el cual establecía que la responsabilidad de los médicos era extracontractual, siendo posteriormente tomando fuerza la teoría contractualista

establecida por la Corte de Casación, sin embargo, otros autores exponen que la responsabilidad de los médicos era Aquiliana.¹⁶

La responsabilidad es controversial desde sus inicios hasta la actualidad, su generalidad es la existencia de un vínculo contractual tal y como establece Borda: “*los servicios médicos son solicitados por el paciente o sus representantes, existe un vínculo contractual*”, como se describe en el siguiente ejemplo: Un médico, asiste a la fiesta de un amigo, quien sufre un pre-infarto sin embargo este se encuentra parcialmente consiente y solicita su ayuda, en ese instante se genera un vínculo contractual entre el médico y su amigo.¹⁷

Por lo tanto, los daños generados de la asistencia médica cuentan con un carácter obligacional, por otra parte, existen algunos casos como lo es la reclamación de herederos y/o representantes es posible un proceso extracontractual pues hace referencia a terceros sin una vinculación obligacional preexistente.

Para Juan Manuel Prevot “EL DEBER DE REPARAR DE LOS MEDICOS ES DE NATURALEZA CONTRACTUAL”, pues aunque no exista una normatividad específica, la relación MEDICO-PACIENTE, genera obligaciones pues aunque la medicina no hace parte de las ciencias exactas si configura una actividad económica para quien ofrece el servicio y su sustento proviene de dicha actuación.¹⁸

Kelsen, en su obra la Teoría Pura del Derecho, establece que el acto jurídico es el resultado de un acuerdo de voluntades, en el cual se establece que el objeto es sobre lo cual recae el contrato y las partes de ello pueden ser médico - paciente, medico - institución de salud, tal y como se expuso anteriormente esta actividad genera utilidades y además un provecho reciproco. La Doctrina Alemana, establece el contrato “*la prestación a la que las partes se someten*” y para la Doctrina Italiana “Los intereses que el negocio jurídico está llamado a reglamentar. Para el Derecho Anglosajón, la responsabilidad contractual y los daños derivados en cada caso de la

¹⁶ Responsabilidad

médica aspectos civiles y penales Alberto j. Bueres- Eugenio raul zaffaroni ; con la colaboración en los aspectos penales de renato vanelli viel—1 ed—Bogota: Pontificia universidad javeriana, facultad de ciencias jurídicas, editorial temis: 2014 (colección internacional; no.52)

¹⁷ BORDA, Tratado de derecho civil, t, n, Contratos, num. 104, pags. 62 a 64.

¹⁸ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, 3-Rd-855-2014

existencia concreta del contrato suscrito o no entre el médico y el paciente, se presenta una falta en la actuación médica.¹⁹

Existen teorías que permiten entender más acerca de la responsabilidad desde el punto de vista contractual, estas teorías son llamadas teorías de las obligaciones en primer lugar, se encuentra la TEORIA DUALISTA DE BONNECASE en la cual establece que una obligación natural debe estar separada del deber moral, pues la naturaleza jurídica proviene la prestación de un servicio que genera una ejecución voluntaria del deudor tomando como DERECHOS REALES, la economía y como DERECHOS PERSONALES la obligaciones de dar, hacer o no hacer primando la autonomía de la voluntad, por tanto es una obligación de naturaleza 100% civil.²⁰

Otra de las teorías modernas, es la de MARCEL PLANIOL, quien establece que toda relación jurídica genera obligaciones, pues son los derechos reales los que se encuentran sometidos a la persona, y por tal razón generan una relación directa y sin intermediarios, pues es de carácter socioeconómico y como regla general toda obligación proviene de la ley.²¹

Las obligaciones cuentan con la clasificación de medios y de resultado, sin embargo, para el tema a tratar en el presente proyecto, la regla general es que la obligación es de medios, descrito de la siguiente manera:

Deudor (medico), se pone al servicio del acreedor (paciente), debe disponer y observar con diligencia y cuidado para alcanzar un fin (la recuperación del paciente). El fin es preciso y determinado, pero que no va más allá de generar la obligación de prestar el servicio.²² El contrato medico cuenta con los elementos esenciales para llegar a su perfeccionamiento los cuales son: consentimiento, objeto lícito y causa.

¹⁹ Vazquez Barros, Sergio, Responsabilidad Civil De Los Medicos, Editorial Tirant Lo Blanch Paginas 55-65.

²⁰ Estructura del acto jurídico, Raquel S. Contreras Lopez, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/7.pdf>

²¹ Planiol, Marcel; Ripert, Georges, Derecho Civil, Vol. 8 (Clásicos Del Derecho), Oxford, 1998

²² Tribunal Nacional De Ética Médica Gaceta Jurisprudencial Junio De 2012 Número Especial: Cirugía Plástica Y Estética

La responsabilidad civil en derecho médico, hace referencia básicamente a la responsabilidad patrimonial de la indemnización de perjuicios ocasionados al paciente o familiar de quien reclama en relación a la prestación del servicio, generando afectaciones en su salud, vida o integridad, como se mencionó anteriormente una demanda puede ir dirigida tanto a personas naturales como personas jurídicas estas últimas con naturaleza civil y la competencia es de los jueces civiles o administrativo según el caso tal y como lo establece el código general del proceso en los artículos 18 y 20, igualmente el código de procedimiento administrativo y de los contencioso administrativo en los artículos 152 y 155 .²³

La responsabilidad puede darse por imprudencia, negligencia, falla en el servicio y dolo eventual, siendo deber del ente juzgador determinar la responsabilidad teniendo en cuenta el material probatorio. Por tal razón se presenta una responsabilidad que se clasifica en distintos tipos teniendo en cuenta los pronunciamientos de la corte, como son:

- **Según la atribución:**

Esta clasificación se tiene en cuenta para determinar a cuál se le debe imponer el hecho que genero el daño.

- Responsabilidad por el hecho propio

Este hace referencia a la obligación de indemnizar los perjuicios causados por las acciones u omisiones propias. El tipo de responsabilidades mencionadas a continuación por lo general y de conformidad con la jurisprudencia, toman una tendencia solidaria, o por el simple hecho de existir un vínculo contractual se genera la obligación de responder por las actuaciones de terceros.²⁴

- Responsabilidad por el hecho ajeno

²³ La Responsabilidad Civil Medica. Sergio Yepes Restrepo, 9 Edicion, Biblioteca Juridica Dike

²⁴ Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Ariel Salazar Ramírez, Magistrado Ponente, Sc13630-2015 Y Rad.: 73411-31-03-001-2009-00042-01.

Aquí se hace referencia a la responsabilidad adquirida por las actuaciones de otra persona, el caso más común es el de las clínicas, las cuales deben responder por las actuaciones a raíz del vínculo laboral existente como es el caso de los médicos y enfermeras.²⁵

- Responsabilidad directa

Es una actuación errónea o falla de personal con vinculación directa a la institución, genera responsabilidad directa por parte de la institución, pues la clínica es el sujeto principal de dicho contrato. Siendo obligación de la entidad prestadora de servicios asistenciales garantizar la seguridad, pues el paciente busca además del tratamiento, la seguridad y protección de situaciones que la pongan en riesgo durante el mismo.²⁶

- Responsabilidad por el trabajo en equipo

Este tipo de responsabilidad radica en la división de roles teniendo en cuenta las funciones y el desempeño de cada integrante, dando la doctrina unas divisiones de trabajo como lo es la división de trabajo horizontal y la división de trabajo vertical (delegación); también es de tener en cuenta que en este tipo de responsabilidad prima el principio de confianza; La división de trabajo horizontal o en sentido estricto, hace referencia a un sentido de igualdad en el que los profesionales, por lo general especialistas en razón a capacitación, competencia e independencia se encuentran en situación de igualdad. Un ejemplo claro es la relación anesthesiólogo y coloproctólogo y la división de trabajo vertical o delegación, hace referencia a la subordinación, en relación a la jerarquía. Un ejemplo es el enfermero jefe y los enfermeros, sin embargo, en este tipo de casos es el juez quien entra a determinar cómo debe asumir la responsabilidad ya sea por el hecho propio o por el hecho ajeno, o en solidaridad.²⁷

- Responsabilidad en la relación docencia servicio

Aquí hace referencia al entrenamiento de internos y residentes, los estudiantes realizan sus prácticas mediante convenios de vinculación de universidades o clínicas universitarias de

²⁵ Co Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Cinco (2005). Expediente D-5837

²⁶ Co. C.S.J.11-9-2002 M.P. Jose Fernando Ramirez Gomez.Expe.6430

²⁷ Co. C.S.J. 18-05-2005, Exp.14,415 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

conformidad con el Decreto 2379 de 2010 en su artículo 2, el cual reglamenta las relaciones docente-asistenciales, pues los estudiantes deben permanecer en total supervisión por parte de sus docentes, no obstante la responsabilidad va a depender del caso en concreto, teniendo en cuenta el semestre en el que se encuentra el estudiante y la universidad u hospital universitario.²⁸

9.2.5. La responsabilidad de las clínicas y hospitales

Las instituciones prestadoras de servicios en salud contienen unas obligaciones derivadas de un contrato de servicios hospitalarios, teniendo en cuenta la complejidad de la entidad (normatividad y oferta de servicios), por tanto es la entidad quien debe responder cuando los instrumentos, el ambiente o equipos están infectados por virus o bacterias, por tal razón cuentan con una obligación de garantizar la seguridad, sin embargo es de tener en cuenta que para determinar la responsabilidad debe entrarse a probar las precauciones tomadas en la situación que se presente.²⁹

9.2.6. Responsabilidad subjetiva y responsabilidad estatal

En un proceso de responsabilidad, es posible que la falla se presente en relación a un tema distinto al procedimiento como es el caso de las prótesis mamarias en el caso que se reviente el implante, en primer lugar la demanda va contra el galeno quien realizó la cirugía, pero también pueden generarse obligaciones para otros de forma extracontractual como es el caso del proveedor de los implantes o la responsabilidad estatal como sería el caso del INVIMA en este ejemplo, entidad que debe velar por la seguridad de los medicamentos y otorga los permisos, sin embargo como en todos los casos el juez es quien valora y determina como debe asumirse esta responsabilidad. López, J. O. (2013). La responsabilidad médica del Estado o de los prestadores en salud derivada de prótesis mamarias defectuosas.³⁰

9.2.7. Póliza de seguro

Es un servicio ofrecido por las aseguradoras, con el fin de proteger el patrimonio y en caso de presentarse un proceso de responsabilidad esta póliza responde por: perjuicios causados, daños a

²⁸ Co C.S.J. 27-5-2005 M.P. Cesar Julio Valencia Copete Exp. 0472-05

²⁹ Co. C.S.J. 22-7-2010, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp.41001310300420000004201

³⁰ Revista Prolegómenos. Derechos Y Valores, 16, 31, 131-153.

terceros, responsabilidad civil por suministros de medicamentos y materiales médicos, responsabilidad civil extracontractual y además incluye gastos de defensa, póliza que puede ser tomada por médicos independientes, entidades prestadoras de servicio y entidades estatales.

Esta cobertura por regla general contiene las siguientes protecciones:

Responsabilidad civil profesional para instituciones de la salud, actos erróneos, negligencia, impericia, acción u omisión, cometidos de manera involuntaria en el ejercicio de una actividad profesional de la salud por personal médico, odontológico, paramédico, auxiliar, farmacéutico, laboratorista, enfermería o asimilados, que estén vinculados bajo relación laboral con el asegurado mediante contrato y/o convenio especial o autorizados por este para ejercer en sus instalaciones al servicio del mismo, siempre y cuando figuren dentro de la relación de profesionales y/o auxiliares de la salud asegurados bajo esta póliza y por los cuales sea civilmente responsable el asegurado.

Cobertura para el suministro de alimentos, medicamentos y materiales médicos: Suministro, prescripción o administración de alimentos y bebidas, materiales médicos, quirúrgicos, dentales, drogas o medicamentos a los pacientes atendidos, que hayan sido elaborados por el asegurado o bajo supervisión directa de este, estén directamente registrados ante la autoridad competente y sean necesarios para el tratamiento y/o prestación del servicio. No obstante, lo anterior, se excluye la responsabilidad civil por productos del fabricante.

Uso de aparatos y/o equipos y tratamientos de la salud: La posesión y/o el uso de aparatos y/o equipos y tratamientos de la salud con fines de diagnóstico o terapéutica, siempre que dichos aparatos y/o tratamientos estén reconocidos por la ciencia médica y que el asegurado realice los servicios de mantenimiento especificados y estipulados por el fabricante.

Garantía a cargo del asegurado para este amparo: El asegurado se compromete a mantener un estricto control sobre el uso de los aparatos y/o equipos y materiales, y a adoptar las medidas de seguridad que sean necesarias. el incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones previstas en el artículo 1061 del código de comercio.

Predios, labores y operaciones:

- La propiedad, uso o posesión de los predios en donde el asegurado ejerce y/o desarrolla su actividad profesional de la salud y que aparecen descritos en la caratula de la póliza.
- Las labores u operaciones que lleva a cabo el asegurado en el desarrollo de su actividad profesional de la salud en las instalaciones que aparecen descritas en la caratula de la póliza.
- La responsabilidad civil extracontractual solidaria, que recae sobre el asegurado en forma directa por daños causados por los contratistas y subcontratistas a su servicio, en desarrollo de las actividades para las cuales fueron contratados; para tal fin la cobertura descrita en este numeral, operará en exceso de las pólizas que cada contratista y/o subcontratista debe tener contratadas.

Gastos de defensa segrestado: Indemnizará al asegurado los gastos de defensa en que incurra, que incluyen las costas, los honorarios de abogados y expensas necesarias, hasta por el valor asegurado, siempre y cuando sean justificados y razonables; y hayan sido causados en la defensa de cualquier procedimiento legal o pleito en su contra y en la que se pretenda demostrar su responsabilidad por cualquier reclamación que pueda constituirse en una perdida demostrada bajo los términos de este seguro. Los gastos de defensa serán reconocidos siempre y cuando los hechos por los que se demanda o se reclama hayan ocurrido durante la vigencia de la póliza y causados en desarrollo de la actividad amparada bajo las condiciones generales y particulares de la presente póliza.³¹

Sin embargo, en caso de generarse una actuación de mala fe o con dolo, el asegurado deberá restituir los costos y/ o gastos legales que dicha aseguradora hubiere pagado, así mismo el tomador debe cumplir con sus obligaciones como lo es el pago de la cuota, puesto que el incumplimiento a las mismas genera negación de dicha protección.

9.2.8. Responsabilidad en procedimientos estéticos

Actualmente este tipo de responsabilidad genera una obligación de medios tal como lo expone en su página principal la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, en cierto modo, la

³¹ Condiciones Póliza De Seguro Responsabilidad Civil Profesional Médica, Seguros Del Estado

controversia surge cuando la obligación del médico es prestar un servicio de manera diligente llevando la salud de la persona hasta donde sea posible, sin embargo no va más allá pero que sucede en materia de satisfacción y más cuando se hace referencia a procedimientos estéticos como son: aplicación de toxina botulínica(Botox), ácido hialurónico, hilos tensores, cirugía plástica estética, en los cuales la persona se encuentra totalmente sana y lo que busca es mejorar su físico.

La obligación de resultado, básicamente requiere la satisfacción del interés del acreedor y su no obtención genera incumplimiento, sin embargo, hasta la fecha la responsabilidad genera obligaciones de medios, ya que la regla general hace referencia a un contrato de prestación de servicios y en materia de garantía del resultado del tratamiento se debe tomar en cuenta la naturaleza mortal del hombre no todos los individuos reaccionan de igual manera.

De conformidad con las gacetas número 19 del Comité de Ética Médica, no es necesario que la responsabilidad de la Especialidad de Cirugía Plástica, se convierta en obligación de medios basta solo con que el paciente se someta a un galeno capacitado 100% y con su titulación, para así prevenir afectaciones, pues el solo hecho de someterse a un procedimiento estético con un “*cirujano plástico de verdadera escuela*”, tal como hacen alusión es la mejor garantía y el resultado depende de la cicatrización y otros factores por tal razón no siempre ha de ser perfecta.

Para ellos es imprescindible, mayor regulación respecto de los títulos y las especialidades para salvaguardar y proteger derechos fundamentales como la vida, la salud y la integridad.³²

Ante la Corte Suprema de Justicia, se presentan algunos casos específicos, para determinar la posible existencia de una obligación de resultados en el ámbito médico, más específicamente en la cirugía plástica pues el galeno se enfrenta a un procedimiento, estando el paciente en excelente estado de salud es decir, una persona sana que busca un perfeccionamiento estético y teniendo en cuenta que todo depende del caso en concreto, es importante tomar un ejemplo como el relacionado a continuación, de conformidad con lo interpretado en sentencias:

³² Fernando Guzmán Mora, Md, Msci/Sara Edith Moreno Mazo, Md, Msci La Cirugia Plástica, Efectuada Por Cirujanos De Escuela, No Debería Ser Considerada Obligacion De Resultado Pag 335-350 Gaceta Jurisprudencia Numero 19 Octubre De 2015 Tribunal Nacional De Etica Medica

El deudor (cirujano), se compromete a realizar un procedimiento (lipoescultura) y realizando un estudio previo afirma el porcentaje de grasa a eliminar para lograr los resultados deseados, pero al pasar el tiempo los resultados no son los esperados, prometidos por el deudor y es ahí cuando analizando el caso en concreto es posible establecer que se hace referencia a una responsabilidad de resultados.³³

En caso de generarse una responsabilidad de resultados, para establecer una exoneración se debe demostrar que se rompe el nexo causal entre procedimiento y afectación, es decir jurídicamente hablando la presunción de responsabilidad solo se desvirtúa con la prueba del rompimiento del nexo causal. *“la prueba (...) no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa, sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable”*³⁴

En este orden de ideas, se genera una confusión y es por tal razón que el tipo de obligación ocasionada por una presunta responsabilidad generada en un procedimiento, deberá ser determinada de conformidad con cada caso en concreto, teniendo en cuenta lo dispuesto el contrato y el consentimiento informado firmado por el galeno tratante y su paciente.

9.2.9. Consentimiento informado

Para hacer referencia al consentimiento informado, es pertinente hacer referencia al consentimiento señalado en el derecho civil como uno de los requisitos esenciales del contrato.

9.2.9.1. Consentimiento

El consentimiento proviene del *latín consensus*, básicamente es una decisión lícita y libre de vicios reglamentada por el artículo 1258, del Código Civil, siendo parte del contrato como uno de los requisitos del mismo, pues es tomada como una manifestación de la voluntad, generada por una relación jurídica, el consentimiento visto como un elemento esencial del contrato el cual legaliza el negocio jurídico, debe ser una decisión consiente y libre, puede ser expreso o tácito y

³³ Csj Sc7110-2017, 24-05-2017m.P. Luis Armando Tolosa Villabona Radicación N.º 05001-31-03-012-2006-00234-01

³⁴ CSJ. Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938 (XLVI-573).

generalmente utilizado en materia comercial pues es una decisión rápida, oferta-compra básicamente ese es el mecanismo por ejemplo:

Una persona compra un producto por un valor específico y realiza el pago, el comprador al realizar el pago básicamente está aceptando el precio de tal forma que se entiende como tácito.

El principio de autonomía de la voluntad, se encuentra intrínseco en los artículos 13 y 16 de la Constitución Política, sin embargo, este tendrá validez siempre y cuando no atente el orden jurídico y el derecho de los demás, básicamente este principio determina o establece que quienes desarrollen negocios jurídicos tienen la total libertad para desarrollarlos y establecerlos entre los contratantes, le corresponde al estado a través de los jueces en caso de controversia, determinar si no existe ninguna vulneración y/o afectación.

9.2.9.2. Los vicios del consentimiento

Este requisito debe estar libre de vicios los cuales están reglamentados en la legislación colombiana, en los artículos 1508 a 1516 en el Código Civil y en el artículo 900 del Código de Comercio, vicios que son entendidos e interpretados como las acciones que afectan la libertad en decisión, el error, la fuerza y el dolo, generando la nulidad del acto, ya sea de manera total o parcial. *“La nulidad absoluta se configura en aquellos casos en los que el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito o contraría una norma imperativa -a menos que la ley disponga otra cosa (art. 1741 C.C y art. 899 C. Co.). La nulidad relativa se presenta, por su parte, en aquellos casos en los cuales el acto se celebra por una persona relativamente incapaz o se presenta alguno de los vicios del consentimiento a saber: el error, la fuerza o el dolo (art. 1741 C.C. y art. 900 C. Co.)” (Ley 87, 1887)³⁵*

Teniendo en cuenta lo anterior, se establece que el consentimiento debe ser pleno y libre de vicios, pero por regla general, se presentan casos donde los vicios son la torpeza del negocio jurídico.

³⁵ CO. Corte Constitucional C345/2017

El error

Para hacer referencia a este vicio, se debe predisponer el principio de buena fe, fundamental para entender que quien cae en error no tiene la percepción que la actuación sea diferente a como la cree, “*errantes nula voluntad*” (“no existe voluntad de quien yerra”). De aquí que en cada caso es necesario una valoración exhaustiva. ³⁶“*El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento.*”³⁷

En Colombia, el error que se castiga es el de hecho, pues el de derecho no tiene una validez, en materia civil es adoptado el principio del derecho romano “*LA IGNORANCIA DEL DERECHO NO ES EXCUSA*”, tal y como lo establece en los artículos 9 y 1509 el Código Civil, el error de hecho, se encuentra regulado en los artículos 1510 y 1511 del código civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario que el principio de igualdad en los negocios jurídicos se aplique entendiendo que quien menor desconocimiento tiene, se encuentra en un estado de vulnerabilidad el cual debe ser subsanado, puesto que el error se debe entender como ausencia de conocimiento, pero más respecto a la negociación.

La Fuerza

La fuerza, se entiende como la presión física o moral sobre una persona infundiendo miedo o terror, esta se encuentra regulada en el artículo 1513 del código civil, la persona toma el actuar como lo requiere quien está generando la afectación, así lo establece igualmente el Código Civil, en los artículos 1741 y 1743, una vez cese la fuerza la víctima podrá solicitar la nulidad de la actuación de conformidad al caso en determinación. En la misma forma como lo establece la

³⁶ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3194/3440>

³⁷ CO.Corte Constitucional C-993/2006

honorable Corte Constitucional: *“Tanto el origen de la institución en el derecho continental como su expresión en el derecho anglosajón demuestran que el régimen de nulidades vigente en Colombia en materia de fuerza, se ajusta a la tradición y al derecho comparado. En efecto, en estos casos solo la víctima puede solicitar la nulidad del contrato y el término de prescripción del derecho a solicitar la nulidad comienza a contar desde el momento en que la fuerza ha cesado.”*³⁸

El dolo

Comprendido como todo artificio para engañar y hacer incurrir a la víctima en error y así lograr un fin específico, en este caso realizar un negocio jurídico mediante artificios y engaños. Un ejemplo es aquel donde el médico general que hace un pequeño curso de estética y se da a conocer como médico especialista sin serlo, sus pacientes acuden con una percepción distinta a la real; el dolo está reglamentado en el artículo 1515 del Código Civil y la presunción del dolo está reglamentada en el artículo 1516 del Código Civil.

9.2.9.3. El Consentimiento Informado

El consentimiento informado, hace referencia al acto médico proveniente de la relación médico – paciente, en casos excepcionales intervienen terceros que por regla general son los familiares o el representante legal del paciente, su objetivo es preservar el derecho a la intimidad personal reglamentado constitucionalmente en el artículo 15, en el cual el medico tiene la calidad de garante.

Es posible determinar que el consentimiento tiene origen en el código de Nuremberg en 1947, el cual fue creado producto de los juicios de Nuremberg como consecuencia a las atrocidades cometidas por los médicos en materia de derechos humanos, tomado como el primer documento que planteo la existencia del consentimiento informado bajo las siguientes recomendaciones:

³⁸ CO Corte Constitucional C-345/17

“Es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano. II. El experimento debe ser útil para el bien de la sociedad, irremplazable por otros medios de estudio y de la naturaleza que excluya el azar. III. Basados en los resultados de la experimentación animal y del conocimiento de la historia natural de la enfermedad o de otros problemas en estudio, el experimento debe ser diseñado de tal manera que los resultados esperados justifiquen su desarrollo. IV. El experimento debe ser ejecutado de tal manera que evite todo sufrimiento físico, mental y daño innecesario. V. Ningún experimento debe ser ejecutado cuando existan razones a priori para creer que pueda ocurrir la muerte o un daño grave, excepto, quizás en aquellos experimentos en los cuales los médicos experimentadores sirven como sujetos de investigación. VI. El grado de riesgo a tomar nunca debe exceder el nivel determinado por la importancia humanitaria del problema que pueda ser resuelto por el experimento. VII. Deben hacerse preparaciones cuidadosas y establecer adecuadas condiciones para proteger al sujeto experimental contra cualquier remota posibilidad de daño, incapacidad y muerte. VIII. El experimento debe ser conducido solamente por personas científicamente calificadas. Debe requerirse el más alto grado de destreza y cuidado a través de todas las etapas del experimento, a todos aquellos que ejecutan o colaboran en dicho experimento. IX. Durante el curso del experimento, el sujeto humano debe tener libertad para poner fin al experimento si ha alcanzado el estado físico y mental en el cual parece a él imposible continuarlo. Durante el curso del experimento, el científico a cargo de él debe estar preparado para terminarlo en cualquier momento, si él cree que, en el ejercicio de su buena fe, habilidad superior y juicio cuidadoso, la continuidad del experimento podría terminar en un daño, incapacidad o muerte del sujeto experimenta” (CODIGO DE NUREMBERG 5) (Ocampo)

El consentimiento informado debe contar con unos elementos como son:

- 1. La voluntariedad:** Hace referencia específicamente a la libertad que tiene el paciente para determinar cuál es el mejor tratamiento para sí mismo, o de decidir si acepta o no el procedimiento recomendado.

2. **Información en cantidad suficiente:** Lo importante aquí es la comunicación de la verdad y exponer completamente el procedimiento y/o tratamiento a realizar, igualmente las causas, consecuencias y afectaciones del mismo.
3. **Información en cantidad suficiente:** La información además de ser completa debe ser entendible, en términos que la persona pueda interpretar de conformidad con su nivel cultural y comprensión.
4. **Competencia:** La información debe ser dada en un lenguaje apropiada, debe ser entregada por quien realizara el procedimiento y/o tratamiento, haciendo énfasis en los efectos adversos.³⁹

La Corte Constitucional en sentencia T – 401 / 94, establece la importancia frente a la existencia de una autonomía de la voluntad frente al consentimiento informado, estableciendo lo siguiente:

“La relación médico-paciente se encuentra estructurada a partir de dos principios fundamentales: primero, la capacidad técnica del médico y, segundo, el consentimiento idóneo del paciente. En el caso presente la relación médica careció de uno de sus elementos esenciales, como es el consentimiento del paciente. ¿qué pasa entonces en estas circunstancias, más propias de la discordia y el enfrentamiento que de la confianza?”

2.3. El consentimiento del paciente adquiere especial relevancia cuando la intervención médica es de carácter extraordinario, esto es, cuando incide de manera determinante en el espacio autónomo del enfermo. Esta es sin duda la situación del peticionario. Por eso son reprochables algunas actitudes del médico inspiradas quizás en una concepción puramente asistencialista y no exentas de cierto autoritarismo. La orden dada al

³⁹ Garantizar la funcionalidad de los procedimientos de consentimiento informado versión 1.0 ministerio de la protección social.Pag.5-16

petionario de someterse a una entrevista de tipo psicológico sin antes prevenirlo sobre la naturaleza y el sentido de la misma, atenta contra los principios que gobiernan una adecuada relación médica. El paciente tiene derecho a conocer las razones por las cuales se le somete a uno u otro procedimiento, más aún en este caso cuando se trataba de poner en tela de juicio su capacidad síquica para relacionarse con su médico y con las demás personas.

El segundo problema jurídico consistió en determinar el curso que debe seguir una relación médico-paciente deteriorada por desaveniencias temperamentales de una o de ambas partes. Al respecto se dijo lo siguiente: a) Se trata de una relación de confianza - no de autoridad - regida por los principios de la competencia científica del médico y de consentimiento del paciente. En caso de deterioro de la relación de confianza, ambas partes tienen derecho a deshacer el vínculo; b) en situación de intervención médica extraordinaria - como es el caso del petionario - la autonomía del paciente adquiere una relevancia especial; cuando se presenta desacuerdo en dicho tipo de relación, el médico debe tener un especial cuidado en no desconocer el principio de autonomía; c) el médico - guiado por una visión exclusivamente asistencialista - adoptó actitudes autoritarias que vulneraron la autonomía y la dignidad del petionario; no obstante, esta actitud proviene de una tradición médica demasiado orientada hacia el paternalismo y no de una intención malsana del médico y mucho menos de su incompetencia científica d) con dicha actitud, sin embargo, el médico violó el derecho a la autonomía y a la libertad, consagrados en la Carta de derechos (arts. 16 y 28).”⁴⁰

Atendiendo lo anterior, es importante establecer que el consentimiento informado en conexidad con los derechos fundamentales de la constitución política colombiana como la autonomía y la libertad, toma la fuerza de fundamental y prevalente como consecuencia de una relación médico - paciente, que generara algún tipo de consecuencia física en el paciente. La validez depende de la calidad de información dada al paciente, se debe advertir el riesgo,

⁴⁰ C.O. Corte Constitucional T 401/94 Septiembre 12 De 1994

teniendo en cuenta lo anterior el consentimiento no debe tomarse como el simple documento prestablecido, puesto que debe tener una explicación total y exigible a cada paciente.

Es importante precisar, que cada persona es titular exclusivo del derecho a decidir sobre su propio cuerpo siempre y cuando este goce de aptitudes mentales y emocionales para decidir, por tal razón aparecen las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes quienes aún no tienen criterio y son sus padres quienes entran a decidir por ellos y es cuando aparece la figura del consentimiento sustituto, sin embargo tal y como lo establece la sentencia SU-337/99, debe existir un equilibrio en cada caso en concreto, pues dependiendo de factores como el riesgo, la urgencia del procedimiento y la edad del paciente, existe una reducción de este consentimiento sustituto con la edad del niño tal y como sucedió en el caso de la sentencia en mención, pues no es lo mismo un procedimiento para curar el cáncer, que un procedimiento de readecuación de genitales, teniendo en cuenta, que es obligación de las familias, la sociedad y el estado la protección especial de los menores, buscando así evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales, por tal razón, cada caso en concreto es específico para determinar la posibilidad de este tipo de consentimiento.

Por tal razón, el consentimiento informado debe ser cualificado, claro explícito y fundado en el pleno conocimiento de los tratamientos y terapias alternativas existentes, teniendo en cuenta el siguiente pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional.

*“por ello, el derecho constitucional contemporáneo ha hecho suya la vieja idea del derecho civil continental, así como del Common Law, según la cual el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito.”*⁴¹

⁴¹ C.O.Corte Constitucional SU-337/99 Magistrado Ponente:

Dr. Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá, doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Según los distintos casos analizados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, prevalece la autonomía por parte del paciente, sin embargo, no siempre la inexistencia del consentimiento informado genera falla en el servicio y existen causales de exoneración de conformidad con el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981, así como también la obligación del médico de establecer las advertencias realizadas en materia de riesgo tal como se encuentra consagrado en los artículos 10-11 y 12 del Decreto en mención.

La inexistencia del consentimiento genera responsabilidad, pero, depende del caso en concreto es posible establecer la gravedad del mismo pues no es lo mismo que la inexistencia del consentimiento informado este acompañado de una falla en el servicio generando una lesión, a un procedimiento desarrollado de conformidad con la lex artis medica sin consentimiento informado que cause solo dalo al derecho de autodeterminación, por tal razón esta responsabilidad que se genere debe estar acompañado de un dictamen pericial para determinar si el daño derivado proviene del no consentimiento, teniendo en cuenta que la buena fe es un derecho garante para el galeno en dicho proceso.⁴²

Para concluir, el consentimiento informado se transforma en un derecho constitucional y fundamental el cual requiere de claridad, veracidad e información siendo la principal y fundamental parte del procedimiento, pues es allí donde el galeno expone al paciente todos los pormenores de dicho tratamiento de forma explícita y completa para que así el titular del derecho a la autonomía tome su decisión exceptuando algunas causales como lo menciona la sentencia T-401/94

“todo tratamiento, incluso el más ordinario, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen por lo menos tres situaciones claras en las cuales no se cuenta con dicho consentimiento: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de

⁴² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Seccion Tercera Subseccion B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660)

edad. Con base en los hechos estudiados, el peticionario se encontraba en condiciones de manifestar su consentimiento en relación con el tratamiento. No obstante, ello no fue posible debido a las desaveniencias presentadas con el médico.” (sentencia T-401, 1994)

Aunque la solemnidad no sea un requisito legal para comprobar la existencia del consentimiento informado, siempre va a requerir de un medio que confirme se presentó la existencia del mismo, antes del procedimiento en momentos en los cuales el paciente se encontraba dentro de todas sus capacidades para tomar una decisión respecto de su salud y su vida, también es importante precisar que el consentimiento informado debe ser proporcional al procedimiento, es decir que el consentimiento informado puede ser más tácito en ciertas actuaciones medicas como es el caso de las terapias ordinarias no invasivas, ya que su riesgo es bajo, pero entre más invasivo sea el procedimiento, más cualificado debe ser el consentimiento puesto que el riesgo aumenta y se está enfrentando al derecho fundamental más importante mencionado anteriormente, la vida.

9.2.10. Responsabilidad penal

Este tipo de responsabilidad, está reglamentado por el Código Penal Colombiano (ley 599 del 2000), sanciona la afectación a bienes jurídicos afectados las cuales pueden presentarse por dolo o culpa dependiendo el caso en concreto. Un ejemplo claro, es el caso de un médico patólogo quien realizo una mastectomía basado en sus conocimientos y al final el paciente no tenía la patología (cáncer) por tanto la operación fue en vano afectado a la persona y el galeno tratante fue condenado por lesiones personales culposas.⁴³

En materia penal son innumerables los delitos, y los casos que afectan la integridad de las personas, pues aparecen los falsos médicos quienes mediante acciones fraudulentas logran engañar a un ente de control como es el Ministerio de Educación, que se encarga de otorgar los títulos de convalidación mediante resolución y sin embargo, en ocasiones terminan en procesos

⁴³ Corte Constitucional Sentencia 14-07-2017 M.P. Diana Fajardo Rivera, Expediente T-6.047.221

de responsabilidad pues estos seres sin escrúpulos realizan procedimientos y es allí luego de una demanda que finalmente sale a relucir la triste realidad.⁴⁴

9.2.11. Responsabilidad ético disciplinaria

Actualmente Colombia, cuenta con un estructurado Comité de Ética Médica, llamado Tribunal de Ética Médica, conformado por un grupo de personas capacitadas y de gran trayectoria en el área, encargándose de evaluar actividades del galeno que cometió una infracción a la norma “*ley de ética-medica*” (ley 23 de 1981), con el fin de generar una sanción de conformidad a la conducta.

El tribunal está conformado por cinco (5) magistrados médicos y cuentan con la compañía de un asesor jurídico, en primera instancia conocen los Tribunales Seccionales del Departamento, donde se presentó el hecho, el proceso lo puede iniciar directamente el afectado, cualquier persona o una entidad a través de su representante. En este caso la investigación le corresponde a la superintendencia de Salud y adicionalmente, son las partes quienes tienen a cargo la carga de la prueba, este proceso tiene como finalidad el ejercicio disciplinario desde el punto de vista profesional.

En este caso los magistrados del Tribunal hacen las veces de jueces, por tal razón contra sus decisiones proceden recursos de apelación y solicitud de nulidad, en caso de no estar de acuerdo con las decisiones el afectado puede acudir a la jurisdicción administrativa, contando con todas las garantías del debido proceso siendo innecesario acudir a la acción de tutela.⁴⁵

“La Corte Constitucional ha puesto de presente que los procesos que se siguen en los tribunales de ética médica, los cuales implican el ejercicio de funciones públicas por

⁴⁴ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Seccion Primera Consejera Ponente: Maria Claudia Rojas Lasso, 23-09-2015 Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00576-00

⁴⁵ <https://tribunalnacionaldeeticamedica.com>

*particulares en materias, términos y condiciones definidos por la ley (artículo 210 C.P.), tienen el carácter de disciplinarios y que la impugnación de las decisiones correspondientes obedece a las reglas establecidas para las determinaciones que adoptan las autoridades administrativas.*⁴⁶

El Tribunal de Ética Médica, además tiene la facultad y obligación de enviar copia del proceso, en caso de ser necesario que se inicie un procedimiento en otra área que requiera atención como la jurisdicción civil y penal, los cuales pueden llevarse a cabo en el mismo tiempo.

Esta responsabilidad surge con el fin de evitar mayores afectaciones en la población colombiana, sin embargo, en algunos casos, los daños son irreversibles o simplemente hay médicos que cometen la infracción su sanción no es muy rigurosa y finalmente reinciden tal como se observa en la recopilación de la gaceta del Tribunal Nacional de Ética Médica de Octubre 2015 “*Cirugía Plástica Vs Medicina Estética*” No. 19 y la gaceta de Junio 2012 “*Cirugía Plástica y Estética*” No. 01, en estos documentos se encuentra una recopilación de casos que referencian afectaciones y finalmente sanciones para los galenos, teniendo su inicio en solicitudes por regla general de los afectados, lo importante es enfatizar en el caso que genera más afectaciones como son aquellos médicos generales que toman pequeños cursos en estética tales como liposucción, abdominoplastia, aumento de glúteos...etc., actividades que para el momento son consideradas más para beneficio económico que científico como es el deber ser, y es que para el Tribunal de Ética Médica es imprescindible que quien realice este tipo de actividades se especialice en el área, en el tiempo requerido el cual es un mínimo de 4 años y no llegue a aducir que por norma constitucional de conformidad con el artículo 13 y el parágrafo 2 de la ley 1164 de 2007, puede realizar dicha actividad, pues no es excusa para generar afectaciones a la salud.⁴⁷

La finalidad del tribunal y ésta responsabilidad, es sancionar disciplinariamente a los médicos con el fin de garantizar e incentivar a los galenos a un trabajo guiado por la rectitud, que genere bienestar prevaleciendo el interés científico sobre el económico.

⁴⁶ Corte Constitucional Sentencia C 25-06-2008, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Expediented-6996 Y D-6997

⁴⁷ Tribunal Nacional De Ética Médica Gaceta Jurisprudencial Junio De 2012 Número Especial

9.2.12. Responsabilidad administrativa

Hace referencia básicamente a las entidades públicas que tienen en como obligación la vigilancia y control de las entidades prestadoras de servicios, en este caso en concreto hace referencia a la superintendencia de salud a nivel nacional, como también las secretarías de salud a nivel regional pues en este caso estas instituciones tienen la facultad de imponer multas y sanciones a las entidades prestadoras de servicios como las IPS, EPS, Clínicas y Hospitales. Dichas sanciones pueden ser multas o cierres de establecimiento, pues la superintendencia de salud mediante el Decreto-Ley 1472 de 1990, toma la función de autoridad técnica en materia de inspección, vigilancia en control y posteriormente obtiene facultades jurisdiccionales con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, son las secretarías de salud departamental, son las encargadas de otorgar permisos de funcionamiento a los consultorios, clínicas, Ips, Eps y velar por el correcto funcionamiento, no siendo la única función y a pesar de contar con un sin número de delegaciones no es suficiente para combatir los lugares piratas que realizan procedimientos sin los requerimientos necesarios.

9.2.13. Responsabilidad disciplinaria.

La regla general de este tipo de responsabilidad se basa en el actuar de una persona cuando su actividad y/o función lo convierte en servidor público y por tanto debe responder ante la jurisdicción administrativa. De conformidad con la ley 200 de 1995 y la ley 734 de 2002. “CODIGO DISCIPLINARIO UNICO”.

9.2.14. Responsabilidad contencioso administrativa

Esta hace referencia a la prestación de servicios públicos de salud, desarrollados por hospitales o funcionarios públicos quienes generaron una afectación por una falta o falla en el servicio, mediante la acción de reparación directa, siendo responsabilidad del estado por acción u omisión

y de conformidad con el artículo 90 de la constitución. Posterior al proceso anterior, en caso de la entidad pública ser culpable, esta puede iniciar una acción de repetición y el llamamiento en garantía ley 678 de 2001, este proceso va contra el servidor público que genero el daño en caso que exista prueba de su culpabilidad, teniendo en cuenta que la consecuencia de la conducta sea dolosa o culposa teniendo el servidor público que responder a la administración por su actuación defectuosa que genero afectación patrimonial en la misma.

9.3.Culpa medica:

La culpa Médica, es considerada como una conducta activa u omisiva del médico o enfermera paramédico, al igual que las actuaciones administrativas o asistenciales, consideradas como uno de los elementos de la responsabilidad en servicios de salud.

Dentro de la culpa podemos encontrar una clasificación de las modalidades en las que se puede presentar respecto de la responsabilidad, tales como la impericia, la imprudencia, la negligencia y la violación al reglamento. La **impericia**, conocida como falta de habilidad en una ciencia o arte llevándola al ámbito o área que nos ocupa lo podemos tomar como una falta de conocimiento o capacidad profesional para realizar un acto médico, de igual manera de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia la impericia se cataloga como una falla total o parcial, la **imprudencia**, definida como la falta de cautela, prudencia y buen juicio, ⁴⁸la **negligencia**, es definida como descuido falta de cuidado o una omisión, esto se da al momento de no revisar la historia clínica o quizás las medidas de cuidado higiene o seguridad, la **violación de reglamentos**, aquí se refleja en que los médicos se apartan de la LEX ARTIS, en la realización de un procedimiento, de igual manera se plasma, en la no aplicación de las principios, normas éticas y/o legales que rigen la actividad, o los protocolos institucionales y el consentimiento informado, lo anterior teniendo en cuenta que se vienen utilizando por autoridades sanitarias e instituciones los protocolos y guías que se tienen establecidas para esta clase de actividad, documentos que no son de obligatorio cumplimiento, son de libre albedrío por parte del profesional acogerse o no a estos lineamientos creados para orientación. De igual forma, dado el caso que el medico por experiencia o conocimiento considere dar aplicación a otro procedimiento que no es recomendado por el protocolo y resultare involucrado en un pleito se le

⁴⁸ AR. CNCiv., Sala G, 7-4-1983.

exigirá más rigidez y exhaustividad, y finalmente las **faltas de gestión, coordinación, administración y decisión**, visto desde falencias netamente administrativas estando o no vinculados los médicos, circunstancias que también pueden llevar a tener consecuencias sobre los pacientes, si es una persona jurídica, también puede verse reflejada la decisión que tome el director, representante legal o la persona que tenga facultades para modificar dicha administración, esto se verá reflejado en la limitación de tiempo, medicamento, exámenes, procedimiento y demás clases de prohibiciones que conllevan finalmente a afectar el paciente, de igual manera dichas incumplimientos o prohibiciones pueden una violación o amenaza a los derechos fundamentales.

9.3.1. Prueba de la culpa

Se considera como la base fundamental para conllevar el litigio, teniendo en cuenta que, en los problemas jurídicos respecto de la medicina, el juez debe acogerse y analizar circunstancias de tiempo, modo y lugar, y por consiguiente la calidad del médico vista desde su experiencia y los estudios. En Colombia se cuenta con una normatividad específica para esta área del derecho y por lo tanto se rige a partir de la responsabilidad civil. La doctrina señala: *“reglas generales tomadas desde el momento en que el juez puede dar por probada con certeza una culpa cometida por el médico, sea cual la naturaleza de esta falta: profesional o no, sea cual sea su gravedad: leve o lata, debe obligarse al autor de esa culpa a reparar las consecuencias un médico prudente, colocado en iguales condiciones externas, habría obrado como el autor del daño?”* (azeaud, 1947)

Teniendo en cuenta que los asuntos y casos médicos que adelanta el juez no corresponden a su profesión visto desde al área de la medicina, se tiene que los medios probatorios deben demostrar por si solos la culpa y el nexo causal, de igual manera se puede tomar como referencia los dictámenes periciales y/o el testimonio del médico, ilustrándole al juez las reglas de la ciencia que se deben tener en cuenta para establecer un hecho, una causa y establecer si se produjo o no un daño a causa de este acto, para así dar aplicación a las normas que regularían el caso y dar una certeza y una decisión judicial tomada con el conocimiento aportado por las pruebas periciales y testimoniales, según el caso, determinando la culpabilidad y si el medico realizo o no un acto para impedir este daño.

Para proseguir con el tema de la culpa médica, no podemos dejar atrás y se debe retomar los acápites de obligaciones de medios, de resultados y la responsabilidad objetiva:

- La **obligación de medio**, desde el punto de vista que la culpa probada o responsabilidad subjetiva está a cargo del paciente, así lo describe el fallo MERCEIER, dictado en Francia en 1936, donde también se estableció que la responsabilidad medica era de carácter contractual. En Colombia, la Corte Suprema de Justicia con base en al fallo francés, establece que debe demostrarse la culpa y a la gravedad de la misma, en otro pronunciamiento la misma corte establece que esta relación jurídica que se desprende del médico y el paciente lo hace ACREEDOR de la prestación del servicio médico. Pero de igual manera la carga de la prueba se encuentra a cargo del paciente, hasta determinar el daño que padece el paciente o deudor a causa de las acciones o comportamientos culpables ocasionados por parte del médico o acreedor y la relación causal entre la culpa y el daño, lo anterior se debe establecer si la intención es buscar una indemnización; la responsabilidad subjetiva limita al médico al cuidado y atención en los procedimientos y acciones que tenga a su alcance, pero si lo obliga a conocer los procedimientos, medicinas y demás actividades relacionadas con el arte medico sobre este tema, ser idóneo, prudente y diligente en el ejercicio mismo de la profesional, finalmente se establece que el paciente es el encargado de demostrar la culpa del médico, pudiendo el medico exonerarse sustentando que actuó con diligencia y fue cuidadoso o en presencia de un caso fortuito, hechos de terceros y hasta la misma culpabilidad del paciente.
- La **obligación de resultado**, responsabilidad subjetiva, es lo opuesto a las obligaciones de medio, aplicada en la doctrina a las cirugías y a la cirugía estética, de igual manera jurisprudencialmente se ha estudiado determinados casos donde se establece una responsabilidad de resultados, donde el medico utiliza términos médico – científicos en los cuales asegura un resultado, bajo el siguiente argumento “...deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente para deducir si el fracaso de la operación lo hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, sino lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la

víctima” (Uribe., 1986). Por esta razón los médicos al ofrecer sus servicios son muy limitados y cuidadosos en las ofertas o contratos a suscribir. El Consejo de Estado en sentencia del 22 de mayo del 1996, considero que al momento de injertarse o trasplantarse se haga en la ubicación incorrecta, de igual manera en el aso donde se dejen dentro del organizamos elementos como pinzas, tijeras u otros.

- En otra ocasión el Consejo de Estado, señala: *“La cirugía estética es uno de aquellos actos quirúrgicos en que la doctrina ha venido señalando la obligación de resultados al menos en la ejecución formal de la restauración o corrección procurada. Ejecutada una rinoplastia conforme al planeamiento concebido previamente, se cumple un resultado, aun cuando el proceso de sanación si sea de la órbita de los cuidados calificados. Los primeros en cuanto a las prevenciones y exámenes necesarios para dentro de los cánones normales del ejercicio, se prevea en circunstancias normales en buen suceso del ejercicio, se prevea en circunstancias normales un buen suceso de la ablación o del injerto. Los segundos en cuanto a la aposición regular del órgano trasplantado en el lugar que debe ocupar en el organismo destinatario. Asimismo, la aposición de una prótesis comporta prestaciones de medio y de resultado, al igual que una cirugía cardiovascular en la cal la calidad profesional de los medios y cuidados asegura la ejecución de los nuevos ductos vasculares sin que ello garantice ni asegure la recepción definitiva por parte del organismo receptor. En cuanto a la obligación de resultado, que se garantiza basta con probar, no culpa sino ejecución debida”*. (Sentencia , 1996.)A pesar de estos resultados, la regla general de la responsabilidad civil medica es de medios, a excepción que el médico haya garantizado un trabajo de resultados.
- En cuanto a la **responsabilidad objetiva**, es a oposición a la subjetiva, aquí se refleja sobre aquellos casos donde se deba establecer una indemnización sin la necesidad de demostrar una culpa por parte del causante del daño, responsabilidad que no se aplica en Colombia, debido a que la ley general establece que los servicios médicos son de medios, a excepción de daños causados por productos defectuosos.

- Respecto de la **falla del servicio médico**, tenemos que al régimen se consagra la presunción de la falla presunta, aplicada en asuntos relevantes donde se obliga a establecer si los hechos fueron omisiones, retardos o deficiencias y aquellos que son causa de enfermedad del paciente o reacción a los procedimientos.
- Por último respecto de la **Carga dinámica de las Pruebas**, la Corte Suprema de Justicia, señala que el paciente es quien está encargado de demostrar la culpa del médico, pero según sea el caso se debe hacer coalición a la lealtad y la colaboración por parte del medio, de igual manera, la doctrina ha criticado estas circunstancias, teniendo en cuenta que en ciertos casos el demandante no está en contacto directo con la prueba.

9.3.2. Hipótesis de la culpa médica.

Una vez analizadas las modalidades de la culpa, se ve la necesidad de identificar los eventos en los cuales se puede llegar a tener una responsabilidad por parte del médico, analizada por parte del juez en cada caso desde las circunstancias de modo, tiempo y lugar; en primer lugar, tenemos la **omisión y el retardo**, vistos desde la prestación del servicio y quien deja de hacerse un tratamiento o procedimiento, así lo plantea el Consejo de Estado en la Sentencia CO. C de E. Secc 3ª, 7-10-2009, Exp. 35656, *“Los únicos daños indemnizables en estos eventos no son la muerte y las lesiones corporales; también están comprendidos, entre otros, los que constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”*, (Sentencia , 2009), en segundo lugar tenemos, **el error en el diagnóstico**, siendo uno de los actos más relevantes del médico, teniendo en cuenta que de allí se parten variables para la implementación de un tratamiento o procedimiento según el caso, este diagnóstico debe ser individual a cada paciente debido a que los organismos son diferentes, estas circunstancias deben ser analizadas por el juez, considerando que el médico debe aplicar los conocimientos científicos adquiridos y de igual manera dar aplicación a diagnósticos, procedimientos o tratamientos establecidos en la ciencia, la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, señala: *“Uno de los problemas más frecuentes en el análisis de la responsabilidad por daños causados en la presentación del servicio de salud, sobre todo cuando se trata de error*

en el diagnóstico: la necesidad de valorar elementos de carácter científico, que complican, sin lugar a dudas, la actividad judicial. Y no olvida la Sala de advertencia hecha anteriormente sobre lo relativamente fácil que puede resultar el juzgamiento ex post de la conducta de los médicos, quienes se encuentran siempre, al efectuar el diagnóstico, ante el panorama incierto. Se impone, entonces, concluir que al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevo a cometerlo”, (Sentencia , 2000). Y por otra parte la Corte Suprema de Justicia, se pronunció, “será el error culposo en el que aquel incurra e el diagnóstico que el comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia medica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, solo los yerros infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, solo yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocado diagnostica diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificada, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de la actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordena los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnostica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estado en la posibilidad de hacerlo, e los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia. Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad. Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la negligencia en la que hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en a equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda

diagnostica arrojaba la suficiente certeza. De manera, pues, que el meollo del asunto a determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico”... (Sentencia, 2010) de igual manera la doctrina considera que el error no siempre refleja la culpa, debido a que en determinados casos el paciente no es 100% sincero con el médico, no le facilita sus antecedentes, debe existir una colaboración por parte de los pacientes, por lo tanto, no se le podría reprochar al médico esta responsabilidad. De igual manera aquí se ve reflejada la responsabilidad de las personas que son encargadas de realizar los exámenes y emitir los resultados. En tercer lugar, tenemos la **inadecuada elección del tratamiento**, se debe analizar desde la órbita de la patología, el resultado de exámenes y demás, teniendo en cuenta que si los señalados anteriormente son erróneos, por consiguiente el tratamiento o procedimiento también lo será, de otro lado tenemos que el médico tiene la libertad de escoger el método o técnica que él considere para el caso, aunque tiene sus limitaciones en el caso que el paciente no esté dispuesto a realizarse dicho procedimiento. En cuarto lugar, encontramos **el descuido postoperatorio**, la entidad o médico independiente encargado del procedimiento o tratamiento, tiene la obligación de responder por los daños causados culposamente dependiendo si la atención se requiere extra o intra hospitalaria, estos cuidados ya se encuentran a cargo de las enfermeras y otros servidores capacitados para hacerlo, con respecto a los controles y citas posteriores y el paciente incumple, la responsabilidad recae sobre él y en quinto lugar tenemos la **inobservancia del consentimiento informado**, el consentimiento informado es considerado como el principal derecho del paciente, en el cual se refleja su libertad individual, autonomía y autodeterminación, que impone el médico sobre su enfermedad, tratamientos, alternativas, riesgos y beneficios de los procedimientos y demás, esto para que tome la decisión de hacerse o no el tratamiento.

9.3.3. Pérdida de la oportunidad

De acuerdo al Derecho de daños, existen varias teorías y dentro del área de la responsabilidad civil médica encontramos la teoría de la pérdida de oportunidad, comprendida en los casos donde

el medico de manera culposa le quite la posibilidad al paciente de evitar secuelas, curarse o sobrevivir, y esta responsabilidad genera. Según la doctrina la perdida de la oportunidad se define como *“el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo”* (Medina Alcoz, 2007). aquí se habla de responsabilidad e indemnización, pero solo en el caso en que la persona llegue a la muerte o a tener una invalidez, debido a que a la una persona ser intervenida quirúrgicamente existe la posibilidad o riesgo de muerte o lesión y por consiguiente la causa final no sería total responsabilidad el médico, llevando el tema a la búsqueda del daño, culpa o nexo causal.

- a. Ubicación del nexo causal: se dice que la perdida de oportunidad trata de inconvenientes sobre el nexo causal, debido a que no existe una relación entre la culpa y el daño, señala la doctrina que *“la doctrina de la perdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal: Quedan al margen los casos en que hay la razonable certeza de que el agente dañoso provoco el daño o la que dejo de ocasionarlo. La técnica de la chance, es, pues, un remedio con que encarar la incertidumbre y que consecuentemente, deja de utilizarse cuando hay la alta probabilidad de que el hecho ilícito genero el daño o la de lo contrario porque en un caso se tiene la certeza de que hubo nexo causal y en otro la de que o pudo haberlo”* (Medina Alcoz, 2007). De igual manera Colombia, se he pronunciado respecto de la perdida de oportunidad, pero en el ámbito administrativo, como un concepto jurídico que define los inconvenientes en los eventos donde no se tenga prueba que demuestre esa relación de causa-efecto y ese nexo causal, llevando al punto de realizarse un análisis y una imputación fáctica.

- b. Perjuicio y mecanismo de indemnización: Respecto del perjuicio indemnizable que se pueda tener, se debe calcular autónomamente, ,multiplicando el valor de interés de juego, por el porcentaje de oportunidades; teniendo en cuenta que en la teoría de la perdida de oportunidad está diseñada para aplicarla al momento de no encontrar un nexo causal entre la causa y el daño, aquí se acude a una indemnización calculada en porcentajes de acuerdo a la formula anteriormente planteada y al caso en concreto.

La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus pronunciamientos manifiesta que para que exista una indemnización por pérdida de oportunidad se tiene como requisitos mínimos la certeza que *existió y la razón. Como características de la pérdida de oportunidad recae sobre los requisitos “la presencia de una culpa médica (probada o presunta), de un daño equivalente a las oportunidades perdidas y de un nexo causal entre ambas”* (Sentencia , 2010). Iniciando con la falla, omisión o incumplimiento en el servicio, en segundo lugar, se debe tener en cuenta que la persona que solicite dicha indemnización, tenía unas posibilidades de recuperarse o salvar su vida con un adecuado tratamiento o procedimiento, en tercer lugar, el nexo causal entre la FALLA y la PERDIDA DE OPORTUNIDAD por parte del paciente, debido a que en este nexo causal, se ve la posibilidad que un tercero sea el responsable y no el médico, en cuarto lugar, tenemos el monto de la indemnización, tomado de aquel porcentaje que tenía a la persona para evitar este daño. Como forma de indemnización la cual debe realizarse como lo hemos establecido anteriormente en porcentajes de posibilidades de curarse o no morir, contando del 100%, y sin dejar atrás el estado en que se encontraba el paciente al inicio de estos trámites, un juez de la república será el encargado de realizar el cálculo y señalar la suma a cancelar.

9.3.4. Derecho comparado México y España.

De igual manera, analizado el derecho comparado, en México, encontramos que no existe una especialidad de Cirugía estética, pero se incluye dentro de la especialidad de cirugía plástica y reconstructiva, a pesar que en la practica la realiza cualquier médico, siendo lo requerido por la norma ser un médico especialista en cirugía plástica con cedula de especialidad y con certificado vigente del consejo, requisitos establecidos en la Ley General de la Salud, del 19 de julio del 2007, señalados taxativamente, así:

“Artículo 272 Bis.- Para la realización de cualquier procedimiento médico quirúrgico de especialidad, los profesionales que lo ejerzan requieren de:

I. Cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes.

II. Certificado vigente de especialista que acredite capacidad y experiencia en la práctica de los procedimientos y técnicas correspondientes en la materia, de acuerdo a

la Lex Artis ad hoc de cada especialidad, expedido por el Consejo de la especialidad según corresponda, de conformidad con el artículo 81 de la presente Ley...

Artículo 272 Bis 1.- La cirugía plástica, estética y reconstructiva relacionada con cambiar o corregir el contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo, deberá efectuarse en establecimientos o unidades médicas con licencia sanitaria vigente, atendidos por profesionales de la salud especializados en dichas materias, de conformidad con lo que establece el artículo 272 Bis.» Artículo 272 Bis 2.- La oferta de los servicios que se haga a través de medios informativos, ya sean impresos, electrónicos u otros, por profesionistas que ejerzan cirugía plástica, estética o reconstructiva; así como, los establecimientos o unidades médicas en que se practiquen dichas cirugías, deberán prever y contener con claridad en su publicidad los requisitos que se mencionan en los artículos 83, 272 Bis, 272 Bis 1 y en lo previsto en el Capítulo Único del Título XIII de esta Ley.” (Ley General de la Salud, 2007)

Quien no cumple con estos requisitos, puede ser objeto de sanciones que incluyen hasta prisión a causa de una denuncia realizada por los mismos pacientes, entre ellas la administrativa impuestas por la Comisión Federal para protección contra riesgos sanitarios, órgano que hace las veces de Secretaria de Salud, de acuerdo al Código Penal Federal, que establece la sanción para estos delitos, así: “Artículo 228. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

- I. *Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia... Artículo 250. Se sancionará con prisión de uno a seis años y multa de cien a trescientos días a quien: ...*
- II. *Al que, sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada, expedidas por autoridades u organismos legalmente capacitados para ello, conforme a las disposiciones reglamentarias del artículo 5 constitucional. a) Se atribuya el carácter del profesionista. b) Realice actos propios de una actividad profesional. c) Ofrezca*

públicamente sus servicios como profesional. d) Use un título o autorización para ejercer alguna actividad profesional sin tener derecho a ello. e) Con objeto de lucrar, se una a profesionistas legalmente autorizados con fines de ejercicio profesional o administre alguna asociación profesional.” (CODIGO PENAL FEDERAL)

Por otro lado, la legislación española, al igual que la colombiana establece que la obligación del médico genera una responsabilidad de medios, pues su objeto es obtener como resultado la salud del paciente, es decir, prestar un servicio, en la actividad está presente la obligación, implicando la distribución del riesgo y el incumplimiento, pero basta con que la conducta se considere diligente y cumplida, aunque no se genere el resultado. La obligación de resultado, es aquella que requiere una satisfacción del interés del acreedor, la no obtención de esta satisfacción implica el incumplimiento de la obligación, tomando como elementos esenciales en el contrato el consentimiento, objeto y causa para llegar a su perfeccionamiento .La obligación de medios está relacionada directamente a garantizar el resultado del tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza mortal del hombre, por tal razón no todos los individuos reaccionan de igual manera.⁴⁹

En cuanto a la actuación médica, debe regirse por la LEX ARTIS AD HOC, es decir cada caso en concreto, de conformidad con la actuación y la circunstancia, la LEX ARTIS se aplica de carácter general, la lex artis “*tiene como finalidad seguir la evolución del progreso técnico-científico de la medicina, teniendo en cuenta peculiaridades del paciente y características del profesional* “, para así determinar el desempeño del galeno y determinar si existe algún tipo de responsabilidad.⁵⁰

La lex artis ad hoc, conlleva un análisis de la siguiente manera:

⁴⁹ responsabilidad Civil De Los Médicos Sergio Vásquez barros España editorial tirant lo Blanch paginas21-23

⁵⁰
http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAU1zl8zUAAAA=WKE

1	LEX	Medición de la conducta
2	OBJETIVO	Valorar la actuación medica
3	TECNICA	Principios y normas de la profesión. (el autor es el medico)
4	OBJETO QUE RECAE	Especie de acto (bien jurídico afectado)
5	CONCRECION	Peculiariedad del acto

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que se presentan normas en blanco pues no se encuentran preestablecidas la totalidad de las obligaciones en el campo de la medicina tal como lo establece el artículo 105 del Código Civil Español y por tal razón la *lex artis ad hoc* es la regla de medición de conducta para los galenos.⁵¹

En materia de responsabilidad, España, jurisprudencialmente ha tomado una postura similar a la Colombiana, teniendo en cuenta que tiene bastante auge en materia estética, pues respecto del caso en concreto la existencia de una posible obligación de resultados, dependerá de la relación contractual, dependiendo de lo expresamente pactado sustentara la validez y hasta el punto en que el galeno se comprometió y en caso tal entrara a responder por los compromisos adquiridos, tal y como lo argumenta el Tribunal Supremo de España, reiterado en diversas sentencias, como: “... *La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el " onus probandi " de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan). Siendo así, no puede existir daño desproporcionado por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación...*” (SENTENCIA. , 2017)

⁵¹ responsabilidad civil de los médicos Sergio vasquez barros España editorial tirant lo Blanch paginas 24-30

Se debe tener en cuenta, que en materia contractual no existen límites siempre y cuando estas no infrinjan las leyes, la moral y el orden público, por tal razón en procedimientos estéticos en caso de no cumplir con las expectativas, le corresponderá al galeno tratante demostrar que actuó con total diligencia y cuidado de manera que es necesario precisar la prueba de falta de diligencia para lograr establecer la existencia de una obligación de resultados, así las cosas, por regla general la obligación es de medios, puesto que no todas las consecuencias de un procedimiento, como es por ejemplo, el caso de una infección, puede generar una responsabilidad probada para atribuir una obligación de resultados.

10. Conclusiones

1. Colombia, cuenta con entidades de inspección control y vigilancia, como son el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud, quienes son las encargadas de otorgar las habilitaciones de funcionamiento, además del Tribunal de Ética Médica, que tiene como función primordial juzgar las actuaciones ético-profesionales de los médicos, los procedimientos estéticos invasivos y no invasivos existentes permitidos en el país, cuentan con un amplio repertorio como son: cirugías plásticas estéticas (rinoplastia, cirugía de párpados, mentoplastia, abdominoplastia, lipoescultura, mamoplastia, pexia mamaria, lipoinyección, manejo de complicaciones de biopolímeros), procedimientos no quirúrgicos (tratamientos láser, materiales de relleno y toxina botulínica, hilos tensores), cirugías plásticas reconstructivas (cirugía de mano, labio y paladar hendido, reconstrucción de orejas, reconstrucción de seno).
2. La responsabilidad médica, en relación a procedimientos estéticos se presenta en las áreas Penal, Civil, Administrativo y Ético - Profesional, cada área inicia su proceso según el caso, así mismo pueden coexistir casos de la misma afectación en las áreas diferentes o una vez tomada la decisión por la jurisdicción esta procede a generar la información correspondiente a otra área del derecho para que esta inicie su proceso, en materia de responsabilidad civil, la responsabilidad medica es de medios, pero jurisprudencialmente según el caso en concreto y el compromiso adquirido por el galeno, si de procedimientos estéticos se trata puede llegar a ser una responsabilidad de resultados.

3. Jurídicamente el afectado por un procedimiento estético puede iniciar el proceso mediante solicitud ante el tribunal de ética médica, denuncia penal o demanda civil, la persona afectada puede iniciar un solo proceso en cualquiera de las áreas o iniciar varios al tiempo según sea el caso.
4. Quien presta servicios de cirugía plástica estética y reconstructiva, procedimientos estéticos, sea persona natural o jurídica debe contar con requisitos establecidos por la normatividad colombiana (Decreto 780 de 2016), sin embargo, de conformidad con lo estudiado y analizado existen vacíos normativos y los entes encargados del control, vigilancia e inspección tienen variedad de funciones que no les permiten llevar a cabalidad sus funciones, pues este tipo de actividad económica cada día prolifera más.

11. Propuesta, lineamientos y recomendaciones

Lineamientos jurídicos de los procedimientos estéticos

En Colombia, la carrera médica se encuentra reglamentada en la ley 23 de 1981, pero la cirugía plástica no es una especialidad que se encuentre regulada por la jurisdicción colombiana generando así muchas controversias que llevan a distintos interrogantes.

La medicina estética es una especialidad pero al igual que la cirugía plástica no está reglamentada, la proliferación de centros de estética o clínicas piratas han generado gran preocupación tanto por organizaciones estatales como el ministerio de salud y particulares como lo es la sociedad colombiana de cirugía plástica, tanto así que el ministerio en su lucha ha tratado de ser más riguroso en cuanto a habilitaciones se trata sin embargo no es nada fácil combatir estas clínicas clandestinas.

De conformidad con el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, la entidad cabeza del Sector Administrativo del Sector Salud es el Ministerio de Salud y Protección Social, contando con entidades adscritas para su funcionamiento, en su capítulo 3, el

Decreto señalado, hace referencia al Sistema Único de Habilitación, pues esta debe contar con características especiales como es capacidad tecnología y científica, además las entidades departamentales y distritales deberán contar con un registro especial de los prestadores de servicios en salud; quien desee iniciar un proceso de habilitación deberá llevar a cabo una autoevaluación del cumplimiento de las condiciones requeridas para la habilitación (En caso de no completar todas las condiciones deberán abstenerse de prestar los servicios hasta contar con los requerimientos), presentación de formulario de inscripción en cumplimiento de las condiciones de habilitación, la vigencia de dicha inscripción es por un periodo de 4 años a partir de la fecha de radicación, que podrán ser renovados, la verificación de los estándares de habilitación se verificarán conforme al plan de visitas establecidos por las entidades departamentales y distritales de salud, posterior a dicha verificación la entidad tendrá un plazo de quince (15) días, para emitir la certificación de cumplimiento de condiciones para la habilitación y la misma deberá ser ubicada por el prestador de servicios en un lugar visible para garantizar seguridad a sus pacientes en caso de no cumplir con los requisitos esta habilitación podrá ser revocada.⁵² La nueva reglamentación de conformidad con el Decreto 682 de 2018, las EPS, deberán iniciar el proceso ante la Superintendencia Nacional de Salud, órgano competente de inspección, vigilancia y control, quienes deben cumplir con los requisitos establecidos en el decreto en mención. ⁵³

El Ministerio de Salud, en pro de mejorar el control y vigilancia de quienes prestan los servicios en salud, mediante resolución 1830 de 1999, ha codificado las especialidades en salud, ocupaciones, actividades económicas y medicamentos esenciales, todo esto con el fin de mejorar la prevención y el control de afectaciones a la salud en el país.

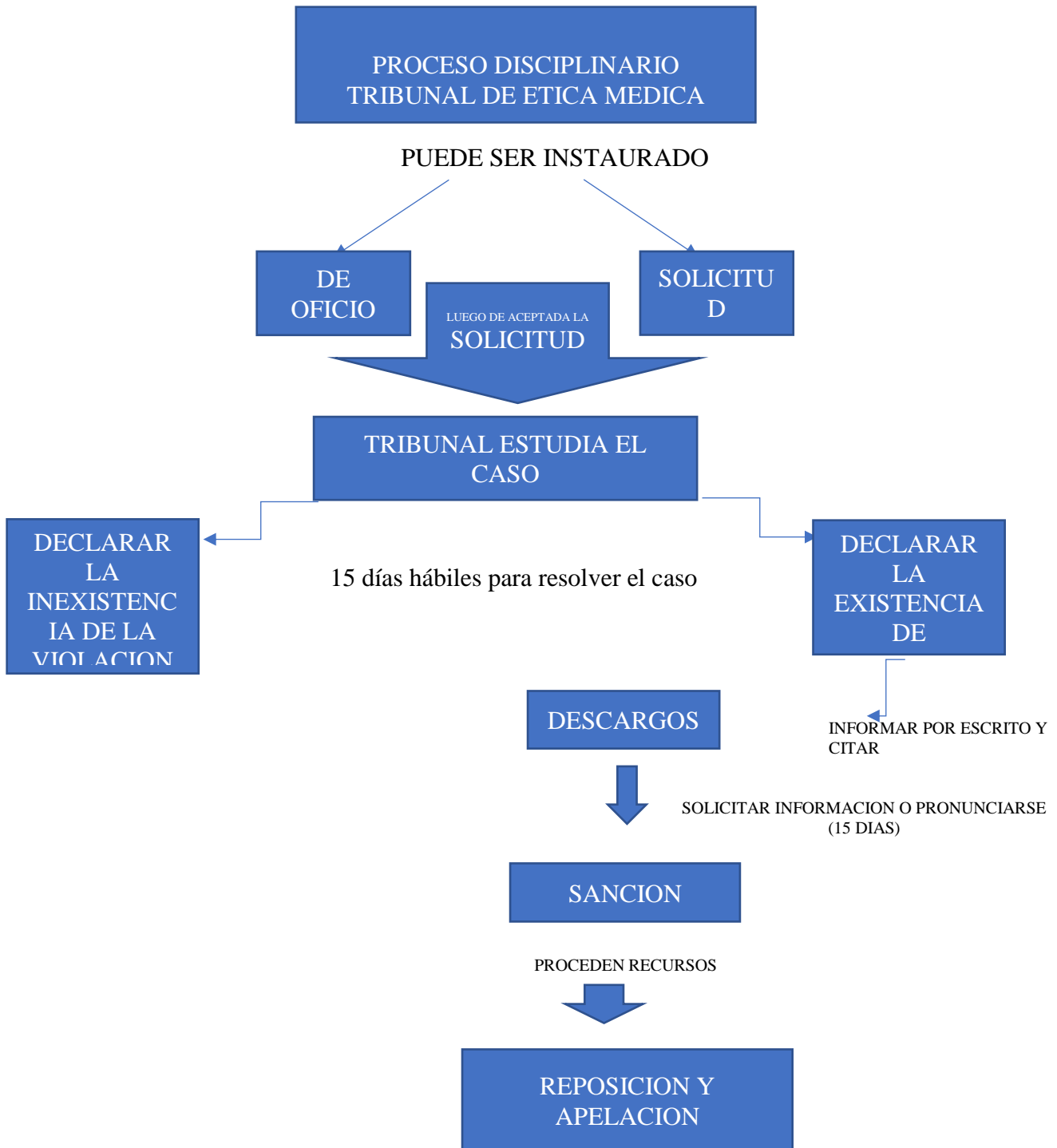
La Ley 23 de 1981, es la norma que establece la ética médica y está reglamentada por el Decreto 3380 de 1981, allí se encuentran las obligaciones, los derechos y los deberes de todo profesional que ejerce la medicina, así como los requisitos de quienes son egresados de universidades extranjeras, así como la publicidad que este ejerce para dar a conocer los resultados, así como los órganos de control y régimen disciplinario, entre ellas, la Federación

⁵² Decreto 780 de 2016

⁵³ Decreto 682 de 2018

Médica Colombiana (Asesor consultivo del gobierno) y El tribunal Nacional de Ética Médica (Autoridad que conoce los proceso disciplinarios ético-profesionales). La Ley en mención en su capítulo II, establece el proceso disciplinario ético-profesional:

Figura N°2. Proceso disciplinario Tribunal de ética médica.



El proceso disciplinario puede ser instaurado:

- **De oficio:** conocimientos de alguno de los miembros del tribunal
- **Solicitud:** de una entidad pública o privada de cualquier persona (deberá ir acompañado de prueba sumaria del acto)
- Luego de aceptada la solicitud el presidente designara los miembros para que se instruya el proceso y se presenten conclusiones en un término no superior a quince (15) días hábiles.

En caso de establecer en el contenido de la denuncia una presunción de violación de las normas (civil, penal, administrativo) simultáneamente se pondrán en conocimiento los hechos ante autoridad competente, cuando el caso lo requiera se solicitarán informes y el tribunal tendrá quince (5) días hábiles, para estudiarlo teniendo en cuenta que podrá solicitar mayor información; estudiado y evaluado el informe el tribunal tomara la decisión:

1. Declarar la inexistencia de violación a la ética médica por parte del profesional acusado.
2. Declarar la existencia de vulneración a la ética médica, caso en el cual mediante escrito se informará al profesional inculcado generando los actos y fijando fecha y hora de diligencia de descargos, (Los descargos no podrán ser diez (10) días antes, ni veinte (20) después)

Una vez practicada la diligencia de descargos, el Tribunal puede solicitar información en un término de quince (15) días hábiles o pronunciarse en el mismo término e interponer sanciones, contra ellos proceden recursos de repocisión y apelación. EL PROFESIONAL TIENE DERECHO A ASESORARSE DE ABOGADOS.⁵⁴

El Ejercicio de la medicina general y la cirugía se encuentra reglamentado en la ley 14 de 1962, en esta normatividad se establece quienes podrán ejercer la profesión y adquirir las

⁵⁴ Ley 23 1981

licencias y los requisitos exigidos, la refrendación de títulos está a cargo del Ministerio de Educación, así como también las sanciones que acarrearán ejercer la profesión de manera ilegal.⁵⁵

Las especialidades médicas como la cirugía plástica, la dermatología y la estética médica no se encuentran reglamentadas, razón por la cual se genera una desprotección a quienes ejercen esta profesión con todos los requisitos como es el cursar dicha especialidad por un periodo de 5 años como mínimo y todo lo que conlleva.

Por otro lado, la Ley 1799 del 25 de Julio de 2016, prohíbe procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad, con el fin de evitar afectaciones contando con régimen sancionatorio, además, cuenta con normatividad vigente respecto del ejercicio de la ocupación de la cosmetología (ley 711 de 2001), la cual en su artículo 7, establece la prohibición de quien ejerce la cosmetología de abstenerse de desarrollar actividades reservadas para los médicos como los procedimientos invasivos, la falta a esta prohibición genera sanciones como amonestaciones, sanciones y multas, también establecen los requisitos de apertura y funcionamiento de los centros de estética en la Resolución 02263 de 2004, la cual establece los equipos aptos, así como también los requerimientos para poder desarrollar estas actividades.⁵⁶

La normatividad y jurisprudencia colombiana, ha establecido ciertos avances en cuanto a la medicina estética, cirugía plástica y afines, pero esta no es suficiente puesto que a pesar que entidades gubernamentales mediante decretos, inspección, control y vigilancia (visitas), las no gubernamentales como la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, ha establecido protocolos como la búsqueda de cirujanos plásticos acreditados con sus respectivos filtros (nombre, apellido, número de licencia), y una guía de orientación para prevenir riesgos en las cirugías plásticas, pero en Colombia, no existe la cultura de prevención respecto de estos temas, muchas personas se someten a procedimientos con solo conocer publicidad y precio exponiéndose a generar afectaciones en su vida, existiendo un desconocimiento por parte de la sociedad y falta de publicidad, más común respecto de estos temas por parte de las entidades estatales, así como

⁵⁵ Ley 14 de 1962

⁵⁶ Ley 1799 de 2016.

vacíos legales que crean desprotección en médicos y pacientes.⁵⁷

No solo generarse vulneración ético – profesional por parte del médico, sino que se puede llevar a las jurisdicciones civil, penal y administrativa, el afectado tendrá derecho a iniciar un proceso contra quien genero la afectación, puesto que el galeno tiene derechos y obligaciones como capacitarse plenamente para desarrollar actividades que requieren experiencia y estudios por un tiempo no inferior a cuatro (4) años estos estudios consisten en post grado médico - quirúrgico, la formación de un especialista médico cirujano plástico no es la misma de un especialista medico esteticista, debido a que no pueden realizarse los mismos procedimientos, de lo contrario, generan afectaciones porque quienes no conocen limites en su especialidad pretenden desarrollar otras con la justificación que no existe ninguna norma que difiera, ¿Quién puede realizar actividades y cuales son permitidas?, al igual que la implementación de ciertos procedimientos quirúrgicos invasivos y no invasivos que no son diferenciados por quienes se realizan los procedimientos, teniendo también su trascendencia la ignorancia cultural respecto al tema por parte de la población colombiana. ⁵⁸

De lo anteriormente expuesto, es **recomendable** para la rama legislativa colombiana, en materia jurídica, la implementación de la reglamentación de especialidades médicas en relación a medicina estética, cirugía plástica y dermatología; pues son estas las que mayor controversia generan hasta en los mismos galenos y su inexistencia permite que aquellos quienes desconocen sus capacidades dentro de sus estudios lleguen a un límite superior al que deben; adicionalmente es necesario que las entidades de control, vigilancia e inspección tengan una dependencia especifica en el tema pues el auge del embellecimiento estético crece cada día más y los medios actuales se vuelven cada día más ineficaces , por la falta de requisitos explícitos en la materia ya sea referente a las especialidades y al establecimiento, es decir, que para poder realizar esta actividad, exista unos requisitos como un nivel educativo y una experiencia profesional, respecto de los establecimientos, sean implementados tanto sanitaria, económica como logísticamente para cada procedimiento y a fin de que si existe una emergencia en la cirugía tenga los equipos necesarios para salvar la vida de paciente, de igual manera, en la misma clínica existir la

⁵⁷ Secretaría de Salud de Bogotá. (14, Julio, 2014). La secretaria de salud ha recibido 164 quejas por fallas en procedimientos de estética y cirugía plástica.

⁵⁸ Medicina Estética Vs Cirugía Plástica Germán Gamarra Hernández MD, M Sc. Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica, octubre de 2015 gaceta 19 del tribunal de ética médica paginas 9-12.

dependencia de farmacia, bacteriología, cardiología, anestesiología, entre otras y existir un seguimiento como visitas de verificación trimestral por parte de la Superintendencia, con un grupo de profesionales idóneos, lo anterior con el fin de garantizar seguridad a los pacientes.

12. Bibliografía

SENTENCIA. (TRIBUNAL SUPREMA 12 de ENERO de 2017).

azeaud, M. H. (1947). *traite theorique et patique de las responsabillite civile*. Paris: Librarie du recueil Sirey.

CODIGO DE NUREMBERG 5. (s.f.).

CODIGO PENAL FEDERAL .

Constitucion Politica de Colombia. (1991).

Ley 23 , título II Capitulo III artículo 34, (1981).

ley 23 (1981).

Ley 87. (1887).

Ley General de la Salud (19 de julio de 2007).

Medina Alcoz, L. (2007). *La teoría de la perdida de oportunidad, estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Pamplona.

Ocampo, D. J. (s.f.). *El Código de Nuremberg A 50 años de su promulgación*.

Resolución 2263 (2004).

Sentencia (Consejo de Estado 22 de mayo de 1996.).

Sentencia , Exp. 11878 (C de E. Secc 3ª 10 de 2 de 2000).

Sentencia , Exp. 35656 (C de E. Secc 3ª 7 de 10 de 2009).

Sentencia , 170423103000120050010301 (Corte Suprema de Justicia 9 de 9 de 2010).

Sentencia, Exp. 11001310301319990866701 (C.S.J. 26 de 11 de 2010).

sentencia T-401. (1994).

Uribe., M. H. (1986). CO. C.S.J. .

13. Anexos

Anexo 1. Condiciones POLIZA DE SEGURO RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA PARA EMPRESAS DE LA SALUD (CENTROS MEDICOS, CONSULTORIOS, CLINICAS, HOSPITALES Y LABORATORIOS)

Anexo 2. Minuta Consentimiento informado.