

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS

“RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN ANESTESIOLOGÍA”

PRESENTADO POR:

ANGÉLICA ALEXANDRA GUTIÉRREZ GALVIS

ADRIANA SÁNCHEZ CORREA

DIRIGIDO POR:

LEONARDO DONCELL LUNA

BOGOTÁ, MAYO DE 2009

TABLA DE CONTENIDO

I. <u>Introducción</u>	1
II. <u>Responsabilidad Civil</u>	3
A. <u>Definición.</u>	3
B. <u>Instituciones.</u>	10
1. <u>Responsabilidad Civil Contractual.</u>	10
2. <u>Responsabilidad Civil Extracontractual.</u>	19
i. <u>Responsabilidad por el Hecho Propio.</u>	22
ii. <u>Responsabilidad por el Hecho Ajeno.</u>	25
iii. <u>Responsabilidad por el Hecho de las cosas y por Actividades Peligrosas.</u>	28
III. <u>Responsabilidad Civil Médica</u>	32
A. <u>Definición y Generalidades.</u>	32
1. <u>Naturaleza de la Responsabilidad Civil Médica.</u>	32
2. <u>Fuentes de la Responsabilidad Civil Médica Extracontractual.</u>	32
i. <u>Responsabilidad Civil por el Hecho Propio.</u>	33
ii. <u>Responsabilidad Civil por el hecho de Otros (Equipo Médico).</u>	33
iii. <u>Responsabilidad Civil por el Hecho de las Cosas.</u>	35
iv. <u>Responsabilidad Civil Médica como un tipo de Actividad Peligrosa.</u>	36
3. <u>Naturaleza Jurídica del Contrato de Prestación de Servicios Médicos.</u>	38
B. <u>Acto Médico.</u>	40
C. <u>Lex Artis en Medicina.</u>	42

1.	<u>El Error Médico y su Relación con la Lex Artis.</u>	43
D.	<u>Elementos</u>	46
1.	<u>Acción u Omisión</u>	46
2.	<u>Culpa</u>	47
i.	<u>Prueba de la Culpa</u>	52
ii.	<u>Criterios Reguladores de la Culpa Médica</u>	53
iii.	<u>Criterio Res Ipsa Loquitur</u>	53
iv.	<u>Criterio de la Culpa Virtual</u>	54
v.	<u>Criterio de la Prueba Prima Facie</u>	54
vi.	<u>Carga Dinámica de la Prueba</u>	54
3.	<u>Daño</u>	58
i.	<u>El daño en el ámbito contractual</u>	60
ii.	<u>Características Generales del Daño</u>	60
iii.	<u>Daño Patrimonial</u>	62
iv.	<u>Daño Moral</u>	64
v.	<u>Daño Fisiológico y Daño a la vida en relación</u>	68
4.	<u>Nexo de Causalidad</u>	73
5.	<u>Causales de Exoneración</u>	76
i.	<u>Fuerza Mayor o Caso Fortuito</u>	77
ii.	<u>Hecho Exclusivo de la Víctima</u>	80

iii.	<u>Hecho de un Tercero</u>	81
iv.	<u>Pactos Exonerativos de Responsabilidad</u>	83
E.	<u>Relación Médico – Paciente</u>	85
1.	<u>Naturaleza Jurídica de la Relación Médico-Paciente.</u>	85
2.	<u>Formas en las que se constituye la Relación Médico-Paciente.</u>	86
3.	<u>Prestaciones en la Relación Médico-Paciente a cargo del Médico o del Equipo Médico.</u>	87
4.	<u>Obligaciones de las Partes en la Relación Médico-Paciente.</u>	89
F.	<u>Obligaciones y Deberes</u>	91
1.	<u>Obligaciones y Deberes del Médico.</u>	91
i.	<u>Deber de información.</u>	96
ii.	<u>Deber de guardar el secreto médico.</u>	98
iii.	<u>Deber de contar con conocimientos, de poseer habilidad o pericia, y de actualización.</u>	105
iv.	<u>Deber de continuar con el tratamiento prescrito e iniciado con antelación.</u>	105
v.	<u>Deber de disponer del material e instrumental adecuados.</u>	106
vi.	<u>Deber de prescripción farmacéutica y el deber de certificación y de documentación (la historia clínica).</u>	106
2.	<u>Obligaciones y Deberes del Paciente</u>	107
i.	<u>Obligación de pagar los honorarios médicos.</u>	107
ii.	<u>Deberes de cooperación oportuna y efectiva a cargo del paciente.</u>	108
a)	<u>Deber de cooperación respecto del tratamiento recomendado.</u>	108

b)	<u>Deber de cooperación en torno al suministro de información veraz.</u>	109
3.	<u>Obligaciones de Medio y Resultado.</u>	111
i.	<u>Obligaciones de Medio.</u>	115
ii.	<u>Obligaciones de Resultado.</u>	119
iii.	<u>Criterios de clasificación.</u>	121
a)	<u>Criterio de la voluntad de las partes.</u>	122
b)	<u>Criterio de la naturaleza intrínseca de la actuación debida.</u>	122
c)	<u>Criterio de equidad.</u>	123
iv.	<u>Posición jurisprudencial.</u>	124
G.	<u>Especialidades Reglamentadas.</u>	134
1.	<u>Radiología.</u>	139
2.	<u>Anestesiología.</u>	143
IV.	<u>Responsabilidad Civil Médica en Anestesiología.</u>	154
A.	<u>Historia de la anestesiología.</u>	154
1.	<u>Desarrollo de la anestesiología de manera global.</u>	154
i.	<u>Educación al público e Institucionalizar la profesión.</u>	159
ii.	<u>Definir las funciones del anestesiólogo en la sala de cirugía.</u>	160
iii.	<u>Organizar la asociación de anesthesiologists.</u>	160
iv.	<u>Expandir las funciones.</u>	161
v.	<u>Trabajar en equipo.</u>	161
2.	<u>Desarrollo de la anestesiología desde el campo jurídico.</u>	162

i.	<u>Primera etapa.</u>	162
ii.	<u>Evolución tecnológica y de progreso científico.</u>	162
iii.	<u>Medicina hospitalaria y asistencial.</u>	163
iv.	<u>Responsabilidad sin culpa.</u>	163
3.	<u>Desarrollo de la anestesiología en Colombia.</u>	166
B.	<u>Acto anestésico.</u>	172
1.	<u>Elementos del Acto Anestesiólogo</u>	179
2.	<u>Obligaciones y Deberes del Anestesiólogo.</u>	180
i.	<u>Etapa pre anestésica.</u>	181
a)	<u>La consulta pre anestésica.</u>	181
b)	<u>La visita pre anestésica.</u>	183
c)	<u>La pre medicación.</u>	187
d)	<u>La preparación.</u>	189
e)	<u>Llegada al quirófano.</u>	190
f)	<u>Preparación pre inducción.</u>	191
ii.	<u>Etapa Anestésica propiamente dicha (Inducción anestésica)</u>	192
iii.	<u>Etapa pos anestésica o reanimación.</u>	202
a)	<u>Reanimación-recuperación.</u>	203
b)	<u>Sala de Recuperación.</u>	204
c)	<u>Visita pos anestésica.</u>	209

3.	<u>Registro Anestésico.</u>	211
4.	<u>Anestesia en situación de Urgencia Médica.</u>	213
C.	<u>Riesgo anestésico.</u>	213
D.	<u>Obligación de Seguridad.</u>	237
E.	<u>Consentimiento informado en anestesiología.</u>	249
1.	<u>Formalidades del Consentimiento.</u>	251
2.	<u>Consentimiento dado por familiares.</u>	254
3.	<u>Consentimiento y Confianza.</u>	254
4.	<u>Consentimiento frente a pacientes menores de edad.</u>	255
5.	<u>Consentimiento y Estado de Necesidad.</u>	256
6.	<u>Consentimiento Informado y Nexo de Causalidad</u>	259
F.	<u>Relación de causalidad entre daño y acto anestésico.</u>	263
1.	<u>Los elementos constitutivos de la culpa en el acto anestésico</u>	264
i.	<u>Negligencia.</u>	264
ii.	<u>Diligencia.</u>	266
iii.	<u>Impericia.</u>	267
iv.	<u>Imprudencia.</u>	269
2.	<u>Eximentes de Responsabilidad del Anestesiólogo.</u>	272
i.	<u>Error.</u>	272
ii.	<u>Caso fortuito.</u>	273
iii.	<u>Culpa Exclusiva de la Víctima.</u>	274

iv.	<u>Intervención de Terceros.</u>	275
G.	<u>Trabajo en Equipo Médico Quirúrgico.</u>	276
1.	<u>Generalidades.</u>	276
2.	<u>Culpa in eligendo y culpa in vigilando.</u>	280
3.	<u>Culpa en el Ejercicio de Grupo.</u>	281
4.	<u>Delegación de Funciones Médicas.</u>	284
i.	<u>Delegación y Daño.</u>	286
5.	<u>Posición del Anestesiólogo en el Equipo Médico.</u>	288
H.	<u>Derecho comparado.</u>	295
1.	<u>Méjico.</u>	296
2.	<u>Argentina.</u>	300
3.	<u>Uruguay.</u>	301
4.	<u>Chile.</u>	302
5.	<u>Estados Unidos.</u>	302
6.	<u>Inglaterra.</u>	303
7.	<u>Canadá.</u>	304
8.	<u>España.</u>	305
I.	<u>Entrevistas.</u>	307
V.	<u>Conclusiones.</u>	336
VI.	<u>Bibliografía.</u>	348

I. Introducción

Una de las actividades de mayor influencia en la sociedad es la medicina que según la Real Academia de la Lengua Española se define como aquella “*ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo*”. En virtud a que tiene una incidencia muy grande en el bienestar de las personas, se requiere que sea regulado por nuestro ordenamiento jurídico, de ahí su vínculo con el derecho y razón por la cual es tema de estudio.

Una de las ramas en las que se divide la medicina, es la anestesiología. Que según la Real Academia de la Lengua Española se define como “*anestesiarse: privar total o parcialmente de la sensibilidad por medio de la anestesia*”. Esta actividad es necesaria en diferentes tipos de intervenciones médicas en diversas áreas, así mismo su ejercicio implica ciertos riesgos y especialidades que no se ven en muchos campos de la medicina.

Este estudio busca analizar la actividad anestésica en sus diferentes etapas y como el derecho se ha involucrado en ésta profesión para luego establecer cuál es el régimen de Responsabilidad Civil de los Anestesiólogos.

Para lograr lo dicho anteriormente se empezará con un análisis general de la Responsabilidad Civil, sus respectivos elementos y características, para luego enfatizar en la Responsabilidad Civil Médica en donde se desarrollará la relación que existe entre el médico y el paciente, las obligaciones y deberes recíprocos entre otros aspectos importantes de esta.

Dentro de la Responsabilidad Civil Médica se analizará una de las especialidades reguladas por la Ley Colombiana que es la anestesiología, tema a profundizar en éste trabajo de grado; con la

Ley 6 de 1991 y sus respectivos decretos reglamentarios entraremos a examinar la mencionada profesión.

En la Responsabilidad Civil Médica del Anestesiólogo se desarrollará su historia y la conformación del acto anestésico, sus características, así mismo los riesgos inmersos en esta actividad, su posición en el trabajo en equipo médico; para lo cual se utilizarán ciertas herramientas legales, jurisprudenciales y doctrinales.

Así mismo se realizará un pequeño trabajo de campo y un análisis general de derecho comparado en ciertos países; con lo cual se enriquecerá la investigación al establecer posiciones personales de médicos anestesiólogos y ver como se trata la anestesiología en ciertos países.

La razón de lo anterior es en virtud a que en Colombia existe un vacío legal como se evidenciará con el examen que se hará a la Ley 6 de 1991, vacío que lleva a que se trate la Responsabilidad Civil del Anestesiólogo con sólo los parámetros generales de la Responsabilidad Civil Médica siendo que ésta es una profesión que entraña ciertas especialidades y riesgos particulares que se deberían tomar en cuenta dentro de un proceso conforme a regulaciones, principios propios de la actividad y al caso en concreto.

II. Responsabilidad Civil

A. Definición

Para entender el concepto de la responsabilidad civil hay que empezar por analizar el término responsabilidad¹, el cual como lo expone el Doctor Gilberto Martínez Rave es una expresión que “... *está vinculado a una persona. Es, por consiguiente, un término de relación que indica que se es responsable ante otra persona. Señala un nexo entre dos personas que en principio son: una que ocasiona el daño y otra que lo sufre.*”(Martínez 9). De lo anterior se colige que la responsabilidad se presenta en varios campos, como el moral, el ético y el jurídico; es claro que en el moral no hay consecuencias externas de ninguna clase, por lo que simplemente se queda en el campo subjetivo², a diferencia de lo que ocurre con la ética y la jurídica, que serán analizadas posteriormente.

Esa noción de responsabilidad llevada al mundo jurídico se conoce como “... *la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta.*” (Martínez Ibíd.). Es importante reconocer que la responsabilidad jurídica tiene diferentes ramificaciones, como lo son la responsabilidad penal y la responsabilidad civil; ésta última objeto de estudio.

¹ “*Responsabilidad es responder, asumir las consecuencias.*” (Martínez 37)

² “*Se divide en responsabilidad moral, subjetiva, interna, y no trascienden al campo externo de la persona, la cual surge generalmente, cuando se violentan normas de conducta netamente morales, espirituales.*” (Martínez 9)

Habiendo ya comprendido cual es la definición de la responsabilidad y que ésta tiene manifestaciones no solo en el ámbito moral, sino que también en lo jurídico, es menester ahondar en el concepto de la responsabilidad civil; el cual se ha catalogado como “... *la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales, económicas, derivadas de un hecho, conducta o acto que ha ocasionado un lesionamiento a un patrimonio ajeno.*” (Martínez 10).

Teniendo ya el postulado de la responsabilidad civil es necesario entrar a analizar su significado, su origen y trascendencia. En principio la responsabilidad civil parte de la tesis de la doctrina contemporánea, la cual se basa en que las fuentes de las obligaciones son el acto y el hecho jurídico; el primero considerado como “... *aquella manifestación de la voluntad tendiente a producir efectos jurídicos, manifestación que puede ser unilateral, (...), bilateral.*” (Tamayo 5 Tomo I); mientras que el hecho jurídico es todo acto voluntario o involuntario cuyos efectos jurídicos son atribuidos por la ley, independiente del querer de la gente³, por ello “... *toda mutación de la realidad hecha por el hombre, que no sea un acto jurídico, se enmarca dentro de los hechos jurídicos.*” (Tamayo *Ibíd.*)

El hecho jurídico puede ser lícito o ilícito, a diferencia de lo que ocurre con el acto jurídico que siempre debe ser lícito, “... *pues de lo contrario será nulo, ineficaz o inexistente según el caso.*” (Tamayo *Ibíd.*). Volviendo al hecho jurídico, es lícito “... *cuando produce efectos jurídicos y no hay de por medio violación alguna del orden normativo, (...) generan desde el punto de vista*

³ (Santos 19 Tomo II)

lógico una consecuencia jurídica que finalmente puede crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones.” (Tamayo 6 Tomo I); en cambio el hecho jurídico es ilícito “... cuando una persona con su acción o con su omisión realiza conductas que están previamente prohibidas por el orden jurídico. (...), el hecho ilícito consiste siempre en el incumplimiento de obligaciones contractuales, cuasicontractuales, legales o, simplemente, en el incumplimiento del deber general de prudencia.” (Tamayo Ibíd.)

Lo anterior adquiere relevancia ya que al establecer cuáles son las fuentes de las obligaciones es que se logra identificar el fundamento jurídico de la responsabilidad civil, lo cual es un tema que genera discusión pero que en palabras del maestro Javier Tamayo Jaramillo se sintetiza en que, *“... la responsabilidad civil encuentra su fundamento jurídico en los hechos ilícitos y hasta nos atreveríamos a afirmar que, realmente, la fuente de la obligación de indemnizar no es el hecho ilícito como tal sino la responsabilidad civil misma.” (Tamayo 7 Tomo I)*

La responsabilidad civil proviene del hecho ilícito, entendido éste genéricamente por que incluye tanto al acto jurídico como al hecho jurídico ilícito como tal, por lo tanto *“... es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros.” (Tamayo 8 Tomo I); se reconoce que lo mencionado se origina en el principio general de la responsabilidad civil (NEMINEM LEADERE⁴), por el cual aquel que*

⁴ *Alterum Non Laedere*, No dañar a nadie. (Santos 193 Tomo II)

causa un daño debe repararlo⁵, esto se plasma en nuestra legislación en los artículos 2341- 2360 del Código Civil Colombiano (CC).

Ahora bien podemos llegar a la conclusión entonces que el ilícito civil debe cumplir ciertos requisitos para que genere los efectos jurídicos de la responsabilidad civil, estos son:

1. Debe ser contrario a la ley, a las buenas costumbres y a la moral.
2. No necesariamente debe ser intencional, también incluye conductas culposas.
3. Debe producir efectos jurídicos.

De lo anterior surge un debate y es el referente a que el ilícito civil puede emanar de conductas no intencionales, esto se da ya que “... *la ley tiene establecido que es ilícito causar daño a terceros, así no haya culpa de por medio.*” (Tamayo 7 Tomo I); ésta es la teoría de los partidarios de la responsabilidad objetiva⁶ quienes consideran que “... *desde el punto de vista estrictamente lógico, el orden jurídico le esta ordenando a los particulares no causar daño a*

⁵ “... *la sanción tiene un carácter resarcitorio al ocasionarse un daño derivado del incumplimiento del deber general de no causar un daño a otro o de haberse incumplido deberes jurídicos concretos u obligaciones singulares y determinadas.*” (Santos 21 Tomo II)

⁶ “*La culpabilidad es el elemento subjetivo de una conducta dañosa que casi siempre está prohibida por la ley, mientras que la ilicitud se produce por el simple hecho de que se cause un daño cuya indemnización está prescrita por el legislador.*” (Tamayo 7 Tomo I)

otro, pues de lo contrario surge una ilicitud con consecuencias indemnizatorias, así no haya culpa.” (Tamayo Ibíd.)

Se entiende entonces que la responsabilidad civil busca que al cometerse un ilícito civil se tenga que indemnizar o como lo plantea el profesor Santos Ballesteros, *“Se advierte entonces en la ley colombiana que la culpa y el delito, son actos ilícitos civiles, voluntarios, por esencia humanos, que responden a la naturaleza de antijurídicos o contrarios al ordenamiento positivo, por constituir incumplimientos de deberes jurídicos que originan un daño que conlleva para su autor una responsabilidad que consiste en la obligación de resarcirlo, por lo que, bien puede decirse que la indicada antijuridicidad reconoce una naturaleza sancionatoria y resarcitoria a la vez, indisolublemente unidas, pues la consecuencia de obrar, tiene como sanción la obligación de poner en cuanto sea posible a una persona en la situación que tendría de no haber mediado el acontecimiento dañoso.” (Santos 20 Tomo II)*

Es menester desarrollar los aspectos más importantes de la responsabilidad civil, en principio se estudiará el propósito fundamental de esta figura que se basa en la protección de los particulares⁷, *“... el objetivo de la responsabilidad civil es el de conservar el equilibrio patrimonial de los particulares.” (Tamayo 15 Tomo I);* aun así la responsabilidad civil también

⁷ *“... se protegen intereses individuales o privados, que alteran o modifican una situación jurídica concreta, de un particular afectado y que inciden directamente en su patrimonio económico o en la órbita de sus más caros sentimientos o afectos, lo que origina la reacción del ordenamiento jurídico al lesionarse bienes individuales jurídicamente protegidos.” (Santos 27 Tomo II)*

busca la armonía del interés de la sociedad⁸ tal y como lo sugería Josserand “...este problema es de lo más apremiantes y más graves que se impone al legislador: se trata, para los poderes públicos, de conceder a cada uno su lugar en la comunidad social, de fijar los límites en los que cada individuo podrá ejercer impunemente su actividad, (...) la vida en comunidad ha de ser establecida...” (Santos 29 Tomo II)

Otros atributos esenciales de esta figura son la finalidad de la sanción jurídica y la tipicidad, en cuanto al primero es claro que la responsabilidad civil es netamente resarcitoria, por lo que, “... se busca reintegrar o restablecer el equilibrio patrimonial roto como consecuencia del acto ilícito. Desde luego, en relación con la afectación de intereses no patrimoniales se estima en líneas generales que aunque no se logra un resarcimiento propiamente dicho de la lesión producida, la función que se cumple en este caso es simplemente compensatoria.” (Santos 31 Tomo II) No hay que olvidar que al lado del propósito de resarcir también está el de sancionar, esto se evidencia en el artículo 6 del CC, por lo que “... quien causa un daño a otro se hace acreedor a una sanción, por trasgresión de la prohibición general de no causarlo.” (Santos 32 Tomo II)

La responsabilidad civil se ajusta al principio de la reparación integral del daño establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daño irrogados a las personas y a las cosas,

⁸ “... la responsabilidad civil sirve como instrumento de desarrollo social y, por ende, no cabe ser vista exclusivamente desde una óptica individualista e intersubjetiva.” (Santos 30 Tomo II)

atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

Frente al tema de la tipicidad es el artículo 2341 del CC el que da el punto de partida, “... *basta con que un daño se reconduzca e impute a un sujeto y se le tenga como su autor, para que el ordenamiento jurídico reaccione y haga surgir la obligación reparatoria.*” (Santos 33 Tomo I), solo con que se den los presupuestos de la norma y se constituyan los elementos de la responsabilidad civil, que veremos más adelante, se tipificara la conducta y será responsable civilmente.

A continuación se entrará a examinar la clasificación clásica de esta figura⁹, que se ha dividido en responsabilidad civil contractual y extracontractual.¹⁰

⁹ “... *figuras gemelas, fundadas ambas en el postulado general de derecho, según el cual, nadie debe sufrir perjuicio por el hecho ajeno (nemo ex altera culpa praegravari debet) y que son las dos fuentes de las obligaciones indemnizatorias impuestas por tal principio; pero que también tales figuras presentan entre sí rasgos diferenciales y son objeto de tratamientos jurídicos diversos por ofrecerse ellas en situaciones fácticas diversas.*” (Santos 190 Tomo II)

¹⁰ “...*ambos géneros de responsabilidad presentan como atributo propio el carácter de la antijuridicidad, con lo cual se quiere aludir, ante todo, que para que surja la obligación indemnizatoria, necesariamente debe existir un daño que sea la consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico, imputable a título de culpa o de actividad riesgosa, ya sea concreto, singular o determinado o genérico, situaciones que en todo caso implican el desconocimiento de la prohibición de no causar daño, reflejada en el postulado del neminem laedere.*” (Ibid. 181)

B. Instituciones

i. Responsabilidad Civil Contractual

En virtud al postulado de la autonomía de la voluntad privada toda persona es libre de celebrar negocios jurídicos de acuerdo a sus necesidades específicas lo que convierte a la voluntad en una fuente de obligaciones. *“La época de la codificación y los principios dominantes de la Revolución francesa, igualdad, libertad y fraternidad, trajeron como consecuencia y como impronta propia de la época, en la regulación de las relaciones privadas, los axiomas de la libre autodeterminación y el reconocimiento de la voluntad como fuente de obligaciones (...)”* (Santos 101 tomo II)

Precisamente el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 establece que lo que celebran las partes es ley entre las mismas. *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Es claro que las partes no siempre estipulan todas las situaciones que se puedan presentar en un determinado negocio jurídico razón por la cual el ordenamiento jurídico se encarga de complementar aquellos vacíos, así mismo dicha autonomía es limitada por normas que dependiendo de cada caso en concreto deberán ser aplicadas. *“(…) para valorar la eficacia, validez y la interpretación de la voluntad privada, ha de estarse no sólo a lo acordado por las partes, sino a lo dispuesto imperativamente por la codificación, y en lo no regulado expresamente por aquellas, por lo que se disciplina en cada caso en concreto.(…)”* (Ibíd. 102)

Las partes se encuentran limitadas por un sistema de Responsabilidad Civil Contractual en virtud del cual en el caso del incumplimiento en una relación jurídica contractual de un deber jurídico, singular o emergente de la misma surge la obligación de indemnizar a la parte afectada. Para que opere dicho sistema no es necesario que exista un contrato sino que es suficiente la presencia de una relación jurídica determinada; Santos Ballesteros estipula que la Responsabilidad Civil Contractual¹¹ opera *“Cuando el daño es la consecuencia de la inobservancia de deberes*

¹¹ *“Así pertenecen a la Responsabilidad Contractual, contenidos en el título 12, exclusivamente, los artículos 1604, en cuanto consagra la división tripartita de culpas, 1606, acerca del contenido de la obligación de dar, 1606, que determina lo que constituye la obligación de dar, 1606, que determina lo que constituye la obligación de conservar una cosa, 1607, en relación con el riesgo de cuerpo cierto, 1608, que consagra los supuestos de la mora, 1609, acerca de la exceptio non adimpleti contractus, 1610, sobre las consecuencias del incumplimiento de una obligación de hacer en materia de perjuicios, 1612, sobre el contenido de la reparación cuando se trata de una obligación de no hacer, 1615, que exige la constitución en mora para que surja la Responsabilidad Contractual, salvo en los casos de obligación de no hacer, 1616, en la parte que establece la extensión de la reparación según sean los efectos*

jurídicos emergentes de un vínculo obligacional, que no necesariamente está constituido por un contrato (...)” (Ibíd. 183)

En materia contractual la necesidad de indemnizar se desenvuelve de un vínculo, es sucedánea¹² y por ende constituye una nueva obligación que se encarga de compensar y sustituir la obligación a la que en un principio las partes se comprometieron. *“En otros términos, la Responsabilidad Contractual que se origina al darse un daño por el incumplimiento de una obligación singular y concreta, no es extensión del contrato mismo, sino una nueva obligación que surge por la violación del postulado de neminem laedere, (...) no integra el contenido negocial, más si sustituye la obligación querida por las partes(...)”*¹³ (Ibíd.194)

La buena fe cumple un papel protagónico en este sistema de responsabilidad ya que es un límite que impone la ley a las partes para que estas se comprometan no solo a aquello expresamente pactado sino que vayan más allá del vínculo y de esta manera obren de manera diligente y leal en cada caso en concreto. *“En todos estos aspectos modernos de contratación (...)es fundamental acudir, para su ejecución e interpretación, a otros postulados que han dominado el mundo negocial, como el de buena fe y observar además, como aspectos integradores de la relación contractual, los deberes secundarios e comportamiento(...)”*¹⁴ (Ibíd.113)

De lo anterior se deriva el concepto de deberes secundarios de conducta los cuales a pesar de no estar expresamente estipulados por las partes en la celebración de un negocio jurídico determinado, deben ser tenidos en cuenta según el tipo de situación que se presente y se tienen que cumplir con base a la buena fe que debe estar presente en los negocios; por ende el incumplimiento de estos dará origen a la indemnización de perjuicios. *“Se trata, como se explicara, de un típica Responsabilidad Contractual, por cuanto en tales eventos dañosos, de presentarse, se estarían violando deberes jurídicos concretos y no abstractos, que integran por consiguiente el vínculo contractual singular y concreto (...)”*¹⁵ (Ibíd.114)

previsibles o imprevisibles y 1617 en relación con la indemnización de perjuicios, en el evento de incumplirse una obligación de pagar una suma de dinero”. (Santos 186 tomo II)

¹² *“De ahí que la denominación usual de culpa o dolo contractual haya que referirla más que a su sentido estricto, a otro más amplio: la existencia de un vínculo obligacional previo.” (Santos 192 tomo II)*

¹³ *“En un caso, el del ilícito contractual, se produce éste en función de una expectativa que ha quedado fallida, y por tanto, se encuadra en una relación de obligación preexistente(...)”(Santos 193 tomo II)*

¹⁴ *“Por consiguiente, incurre en un comportamiento abusivo en materia contractual, quien asume en el ejercicio de sus derechos contractuales una conducta contraria a la buena fe exigida, con un sentido o finalidad social distinta a la consagrada, y según un modelo objetivo de comportamiento” (Santos 115 tomo II)*

¹⁵ *“Así el deber de informar acerca del uso de una cosa que se adquiere, el deber de publicar y hacer conocer los reglamentos en el suministro de servicios público, la información sobre los potenciales riesgos que trae el consumo de determinados productos alimenticios, o la ingestión de drogas, la fecha*

Una de las diferencias fundamentales entre el sistema de Responsabilidad Civil Contractual con el sistema que a continuación se expondrá, de Responsabilidad Civil Extracontractual es la existencia en el primero de una división tripartita de la culpa¹⁶, la cual permite determinar hasta dónde va la responsabilidad del deudor. *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio (...)”* Artículo 1604 del Código Civil. Entendida la culpa contractual como aquella que *“(...) consiste en el dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la violación de reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente su obligación (...)”* (Tamayo 407 Tomo I)

En relación a qué tipo de perjuicios debe reparar el deudor en este sistema, el Código Civil establece que si no se puede imputar dolo solo se repara los perjuicios previsibles en cambio si la conducta es dolosa se deberán reparar aún los perjuicios imprevisibles. Es claro que el deudor siempre debe reparar y que el monto dependerá de la presencia o no de una conducta dolosa. *“Ahora, el artículo 1616 del Código Civil establece que en materia contractual solo se pagan los perjuicios directos y previsibles, si el deudor no actuó dolosamente. En cambio, si el deudor tuvo intención de dañar con el incumplimiento del contrato, entonces habrá lugar a indemnizar todos los daños previsibles e imprevisibles.”* (Ibid. 64)¹⁷

Así mismo el Código Civil Colombiano dispone de qué manera se debe indemnizar ya sea mediante el cumplimiento de la prestación debida, por equivalente pecuniario o moratoria¹⁸, esto dependerá en cada caso en concreto si se está frente a el incumplimiento de una obligación de

de fenecimiento de los mismos ,deberes de fidelidad y de cooperación y en fin, un extenso catálogo de deberes, a cargo tanto de deudores como de acreedores, y cuya omisión puede dar origen a una indemnización de perjuicios de fuente claramente contractual, si por falta de una debida información, se genera un daño a la vida o a la integridad de los consumidores o adquirentes del bien o de quien recibe el servicio” (Santos 114 tomo II)

¹⁶ *“Esta disposición consagra en el Derecho colombiano lo que, en materia contractual, se conoce con el nombre de “división tripartita de culpas” o “teoría de la prestación de las tres culpas”, en donde la diligencia debida por el deudor se determina según la utilidad que reporta el acto o contrato.”* (Santos 204 tomo II)

¹⁷ *Artículo 1616 Código Civil “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. (...)”*

¹⁸ *“(...) el daño puede tener su origen en el incumplimiento puro y simple del contrato, en su cumplimiento moroso o en su cumplimiento defectuoso (...)”*(Tamayo 32 tomo I)

dar¹⁹, hacer²⁰ o no hacer.²¹ “(...) en consecuencia, la obligación reparatoria podrá ser en especie, lo que supone una reintegración específica, es decir, el cumplimiento de la prestación tal como fue pactada, o en equivalente de la prestación no cumplida de naturaleza compensatoria, ordinariamente en dinero, o simplemente moratoria, por el mero retardo o una conjunción de las dos, lo que quiere decir que podrá existir una reparación, o en especie o en equivalente, simultáneamente con la moratoria” (Santos 195 tomo II)

Teniendo en cuenta lo anterior es necesario establecer que en la Responsabilidad Civil Contractual la obligación indemnizatoria puede nacer desde que el deudor se constituye en mora de cumplir, o desde el momento de la contravención. “(...) Contractual, por disposición del artículo 1615 del Código Civil, en relación con las obligaciones de dar y de hacer, nace desde que el deudor se constituye en mora de cumplir. Si se trata de obligación de no hacer, desde el momento de la contravención.” (Ibíd.197)

Así mismo en materia contractual dependiendo del caso en particular, se puede estar frente a un tema de culpa probada o culpa presunta²² “(...) en materia contractual unas veces la víctima tiene que demostrar la culpa del deudor; otras veces dicha culpa se presume, pero el deudor puede demostrar diligencia y cuidado; en otras hipótesis la culpa se presume, pero al deudor se le permite demostrar una causa extraña para liberarse de su responsabilidad y, para terminar, hay una serie de casos en que ni siquiera la causa extraña libera de responsabilidad al deudor”(Tamayo 491 tomo I)

¹⁹ “Si se trata de obligación de dar y cualquiera que sea su género le corresponde igualmente al acreedor decidir si opta por la reparación en especie o por la reparación por equivalente (...)” (Santos 196 tomo II)

“En cuanto a las obligaciones de pagar una suma de dinero, por su propia naturaleza, excluyen la reparación en equivalente, o compensatoria solo se puede moratoria”. (Santos 197 tomo II)

²⁰ “depende de la naturaleza o índole de la prestación originaria incumplida; justamente, si se trata de una obligación de hacer conforme con el artículo 1610 del Código Civil, “podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya: 1) que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3) que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato” (Santos 196 tomo II)

²¹ Obligación de no hacer: “Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a presarlos. El acreedor quedará de todos modos indemne” Artículo 1612 del Código Civil.

²² “Las cargas probatorias del deudor y del acreedor contractual varían de acuerdo con la naturaleza de cada contrato y de la obligación incumplida (...)” (Tamayo 33 tomo I)

Existen ciertos casos en los cuales la ley permite que las partes se exoneren de responsabilidad a través de las llamadas cláusulas de exoneración, éstas admiten que las partes se liberen de la obligación indemnizatoria pero con ciertos límites y siempre y cuando no vayan en contraposición expresa del legislador, ni de las normas mínimas de interpretación de las cláusulas contractuales; el principal de estos límites es la prohibición de las partes de condonar el dolo futuro²³, así mismo no es posible la exoneración por culpa grave en la celebración de negocios, igualmente existen ciertas circunstancias que prevén daños específicos que no permiten la exoneración. *“Como norma general podemos decir que el deudor en materia contractual puede verse liberado de sus obligaciones bien sea por cláusulas de no responsabilidad, bien sea porque el acreedor ha cometido una culpa que ha llevado al deudor al incumplimiento.”* (Ibíd.83)

ii. Responsabilidad Civil Extracontractual

Esta clase de responsabilidad civil *“... se ha entendido como la obligación de indemnizar, o asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso, sin que entre causante y perjudicado exista ninguna relación jurídica anterior. Es decir, la obligación de indemnizar nace simplemente de la comisión del hecho dañoso.”* (Martínez 31); por lo tanto cubre tanto la conducta dolosa como la culposa, pero también hay quienes consideran que puede haber responsabilidad extracontractual objetiva, como el Doctor Tamayo²⁴ quien reconoce que un ejemplo de esto podría ser el daño cometido por las aeronaves en la superficie que contempla el Código de Comercio Colombiano (C.CO) en su artículo 1827²⁵.

²³ *“En relación con las cláusulas abusivas de exoneración de responsabilidad, presentes con mucha frecuencia en las condiciones generales de contratación como ya quedó advertido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana se ha inclinado por reconocerle su validez en tanto no se llegue a una condonación del dolo (...)”* (Santos 111 tomo I)

²⁴ (Tamayo 35 Tomo I)

²⁵ DERECHO A INDEMNIZACIÓN ART. 1827. —*La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a ser indemnizada por el explotador de la aeronave con sólo probar que tales daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma. Sin embargo, no habrá lugar a*

Es importante establecer que la responsabilidad extracontractual²⁶ se da por la ocurrencia de un simple hecho nocivo, no se mira la existencia de una relación o vínculo de ninguna clase²⁷, “...*la obligación se establece u origina en el hecho causa, imputado a una persona, para que responda del daño injusto ocasionado a otra, por actos o por omisiones, con dolo o por simple imprevisión o negligencia; en consecuencia, un mismo hecho no puede considerarse, al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, como culpa Contractual y Extracontractual.*” (Santos 191 Tomo II) Es por ello que la reparación de este daño se da en razón al tipo de “...*interés jurídico lesionado de naturaleza extracontractual, está dado por la lesión genérica del postulado alterum non laedere, contenido en el deber de respeto hacia el otro.*” (Santos 193 Tomo II)

indemnización si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, o cuando se deban al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo, si se observaron los reglamentos de tránsito aéreo.

²⁶ “*Toda responsabilidad civil extracontractual se estructura sobre tres pilares fundamentales que, por lo general, debe demostrar el demandante: el hecho dañoso o culpa, el daño y la relación de causalidad. Entonces, a quien se atribuye tal responsabilidad, independientemente que se trate de persona natural o jurídica, puede, por regla de principio, defenderse aduciendo la ausencia de uno cualquiera, de varios o de todos esos tres elementos axiológicos. Por ejemplo, podrá demostrar que su comportamiento no es culposo, porque procedió con diligencia, prudencia, pericia y sin violar reglamento alguno; o la inexistencia del daño, entendido en sentido jurídico; o controvertir el nexo de causalidad, comprobando que la lesión ocasionada a los derechos de la víctima, no es consecuencia directa o exclusiva del hecho que se le imputa.*” (Sentencia de 27 de Septiembre de 2002)

²⁷ “*La ausencia del previo vínculo determina que a esta especie se la denomine Responsabilidad Extracontractual.*” (Santos 191 Tomo II)

Las características de esta responsabilidad deben ser estudiadas rigurosamente para poder diferenciarla de la responsabilidad civil contractual, como primera medida se tiene que la responsabilidad extracontractual parte del estudio de las artículo 2341 y siguientes del CC, de donde podemos llegar a la conclusión que esta responsabilidad se constituye simplemente por el hecho que se dañe a otro; además en este arquetipo de responsabilidad el elemento de la culpa es bastante particular, ya que es claro que *“En la responsabilidad civil extracontractual la culpa es única. No admite grados. Cualquier culpa, por levisima que sea, compromete al responsable.”* (Martínez 34)

La obligación reparatoria que da origen a ésta responsabilidad *“... tiene un sentido sucedáneo o derivado de la prestación originaria. (...), la relación obligatoria (...) en el daño aquiliano, es la consecuencia del acto ilícito: es el posterius; de manera que el nexa está determinado, (...) por un acto dañoso frente a un tercero: acto que se convierte en razón de la obligación de resarcimiento.”* (Santos 194 Tomo II); por lo que la mencionada obligación es *“... originaria, porque aquella surge primigeniamente al producirse el daño...”* (Santos 197 Tomo II)

En razón a la naturaleza del sistema extracontractual la reparación surge en el momento en que acaece el hecho dañoso porque se va contra el principio general de la responsabilidad civil, como ya se explico; de ahí que al momento de configurarse la indemnización *“... el autor del hecho ilícito está obligado a indemnizar todos los perjuicios que sean consecuencia de su obrar, siempre y cuando, desde luego, se encuentren en una relación causal adecuada con aquél. (...), en la cual no se exige un daño previsible.”* (Santos 209 Tomo II)

Frente al monto de la indemnización hay que esclarecer que en esta responsabilidad no se encuentran topes para su tasación, lo que se toma en cuenta “*Son el daño y su intensidad los que fijan el monto y límites de la responsabilidad. Los acuerdos de las partes a este respecto no tiene ninguna validez.*” (Martínez Ibíd.).

Las fuentes de la responsabilidad civil extracontractual son: la responsabilidad por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno y la responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades peligrosas; a continuación se examinará cada una de éstas²⁸.

i. Responsabilidad por el Hecho Propio

En cuanto a la responsabilidad por el hecho propio también conocida como responsabilidad simple, directa o personal se busca “... *responsabilizar a la persona que comete el hecho dañoso.*” (Martínez 248); se parte entonces del artículo 2341 CC²⁹ y se entiende que incluye tanto a personas naturales como a las jurídicas³⁰, “*Ambas, como sujetos de obligaciones, tiene la*

²⁸ “... *al estar dividida la responsabilidad extracontractual en tres grupos, (...) cada uno de estos grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo.*” (Santos 200 Tomo II)

²⁹ “...*es un especie de norma básica que recoge la responsabilidad civil de todos aquellos eventos que no aparecen configurando un tipo especial de responsabilidad dentro del mismo código.*” (Tamayo 578 Tomo I)

³⁰ “*Para el caso de las personas jurídicas, habida cuenta que por su especial naturaleza ellas actúan siempre por intermedio de agentes (personas naturales), aducir la inexistencia de culpa o de relación*

responsabilidad civil que nace de la comisión de hechos dañosos. Claro que debe adecuarse el término de responsabilidad personal y directa cuando se trate de una persona jurídica, pues, aunque sabemos que es un ente diferente a la persona natural, adquiere derechos y obligaciones a través de las personas naturales que las conforman. En síntesis, las personas jurídicas, por sí y ante sí no delinquen y no ocasionan daños, pero las personas naturales que las conforman y las representan sí y las comprometen civilmente.” (Martínez Ibíd.)

Cabe entonces también considerar ciertas circunstancias en donde más de una persona colabora en la consumación de un daño, aquí se deriva una situación de solidaridad, *“Existe responsabilidad directa de todas las personas que concurren al resultado dañoso. (...) Todos adquieren obligación de indemnizar. Y esa obligación, como solidaria es por el todo.” (Martínez 250)*

Dentro de este subsistema hay que considerar de manera muy detallada el tema respecto a la imputación de responsabilidad, en primera medida es necesario reconocer la regla general de la capacidad, por lo que los incapaces salen de la órbita de imputación; frente al régimen extracontractual se toma en cuenta el artículo 2346 CC, donde se especifica que los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer culpa, por lo que los que entran a responder por ellos son las personas que sean responsables de ellos. *“... la responsabilidad que nace para*

causal es tanto como afirmar que el actuar de sus delegados no fue culposo o que no es la causa adecuada del resultado dañoso. (...) En tal orden de ideas, dedúcese que no hay óbice para que una persona jurídica demandada en acción de responsabilidad civil extracontractual se defienda, tanto en las instancias como en casación, cual aquí acontece, proponiendo la ausencia de culpa de sus dependientes, que en últimas traduce la ausencia de su propia culpa, o que no hay vínculo causal entre el proceder de sus agentes y el daño cuya reparación se persigue, que implica sostener la inexistencia de dicha causalidad entre su propio proceder y el daño.” (Sentencia de 27 de Septiembre de 2002)

los vigilantes de menores de diez años y de los dementes, es personal y directa pues surge de la falta de cuidado o vigilancia, es decir, de una culpa personal.” (Martínez 251)

En cuanto a la carga de la prueba la responsabilidad por el hecho propio se enmarca en el sistema de culpa probada donde quien alega la culpa tiene que probarla, “...*la prueba por activa de la culpa. Está imponiendo al perjudicado la obligación de probar la culpa del causante. Es decir, presume inocente al causante y presume responsable al perjudicado pues si éste no demuestra la culpa del causante tiene que cargar con la consecuencias económicas del daño que él padeció y que no causó.*” (Martínez 256)

En el régimen por el hecho propio se permite la transmisibilidad por pasiva de la responsabilidad, por lo que “... *si el causante del daño se muere sus herederos reciben, con el patrimonio del de cuius, la obligación de responder civilmente por los hechos dañosos que aquel causó.*” (Martínez 252); esto se expresa en el artículo 2343 CC.

Finalmente la responsabilidad directa trasciende muchas barreras es por ello que se puede ver en diferentes contextos y eventos, unos ejemplos claros son en las situaciones de abuso del derecho, los conflictos en relaciones de vecindad, entre otras; pero quizás una de las más importantes es en la responsabilidad profesional, que es el tema central de este estudio, en cuanto a la responsabilidad civil medica.

ii. Responsabilidad por el Hecho Ajeno

Se entiende como aquel subsistema en donde “... *la responsabilidad civil de personas que, aunque personalmente no ejecutan el hecho dañoso, si deben responder civilmente, patrimonialmente, con fundamento en los vínculos que tienen con el directamente causante.*” (Martínez 259), tal y como lo expresan los artículos 2347³¹ a 2349 CC.

Esta responsabilidad se denomina también indirecta, refleja o por el hecho de un tercero, se refiere a sucesos en los que una tercera persona ocasiona un daño pero quien entra a responder es aquella persona que tenía la obligación de cuidar y vigilar a ese tercero. “... *el legislador sanciona también el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable, lo que finalmente desemboca en una responsabilidad por un hecho personal de naturaleza omisiva.*” (Tamayo 666 Tomo I)

Es necesario diferenciar quien es el directamente responsable y quien el civilmente responsable, “*Entendemos por directamente responsable a la persona que estando bajo el cuidado de otra causa el daño a un tercero. (...), se considera como civilmente responsable a la persona que tiene a otra bajo su cuidado.*” (Tamayo 667 Tomo I)

³¹ “... *consagra un principio general de acuerdo con el cual toda persona que tenga la obligación contractual o legal de cuidar a otra es responsable de los daños que cause esta ultima cuando estuviese bajo el cuidado de la primera.*” (Tamayo 671 Tomo I)

Existen ciertos requisitos que ha recogido la doctrina para constituir la responsabilidad por el hecho ajeno, estos son:

“a) Que se den los requisitos exigidos para la responsabilidad civil extracontractual en la persona que está bajo la vigilancia y cuidado de la otra. (...)”

b) La relación de dependencia del causante con el obligado a indemnizar es esencial, necesaria, para que surja la responsabilidad por hechos de terceros. (...) Basta que exista una relación de autoridad y de subordinación para que se produzca la dependencia que da pie a la responsabilidad civil.” (Martínez 263)

La carga de la prueba cambia un poco en este régimen y se refiere al de culpa presunta³², donde se presume la culpa del demandado y es él quien debe desvirtuar la presunción por lo que basta con la prueba de la diligencia debida o que ha debido emplearse para exonerarse³³, de ahí que este sistema sea más benéfico para la víctima. *“En síntesis el perjudicado no tiene que probar la culpa ni el nexo de causalidad entre la conducta del presunto responsable y el resultado. Los dos están presumidos. (...) El nexo de causalidad que se presume es el que debe existir entre la conducta del presunto responsable y el resultado.”*(Martínez 263)

³² *“Estamos frente a una autentica presunción, puesto que absolutamente para nada se debe investigar el comportamiento efectivo y real que haya tenido el civilmente responsable en la producción del daño. La víctima solo debe establecer que al momento de producirse el hecho dañoso, el civilmente responsable estaba obligado a cuidar al causante del daño.”* (Tamayo 695 Tomo I)

³³ (Santos 199 Tomo II)

Nace la duda si es posible que dos o más personas sean responsables al mismo tiempo por el hecho de un tercero y a la conclusión que se llega es que “... cuando el directamente responsable entra en la esfera de cuidado de otro civilmente responsable, la obligación de vigilancia de quien tenía anteriormente bajo su cuidado al directamente responsable desaparece.” (Tamayo 693 Tomo I); lo anterior admite una excepción que es “... el caso de los padres que habitan en la misma casa con el hijo menor que ha causado un daño.” (Tamayo 694 Tomo I)

Otro aspecto de gran importancia es que “... el hecho de exigir responsabilidad civil a un tercero por hechos de personas que están bajo su cuidado y vigilancia no impide reclamar la responsabilidad directa del causante ni tampoco la que resulta por el hecho de las cosas. Es decir, es viable su acumulación sin que se presenten por ello problemas jurídicos o procesales.” (Martínez 263)

Para terminar ejemplos claros de responsabilidad por el hecho de otros se ven en el diario vivir, en relaciones como la que hay entre padres e hijos, la del curador y los pupilos, los directores y lo alumnos o entre los empresarios y sus dependientes; esto no quiere decir que estos sean casos taxativos, mientras se dé un trato de dependencia y cuidado podría llegar a darse ésta responsabilidad.

iii. Responsabilidad por el Hecho de las Cosas y por Actividades Peligrosas

Esta clase de responsabilidad extracontractual se fundamenta en el hecho que las cosas que le pertenecen a una determina persona pueden llegar a ocasionar daños a otros; las cosas son

animadas e inanimadas³⁴. Además dentro de este régimen se instaure el precepto de las actividades peligrosas, que pueden resultar de cosas que por su propia naturaleza son peligrosas o que al momento de ser utilizadas por el hombre se tornan en peligrosas.

Respecto a esto las cosas animadas pueden llegar a generar responsabilidad por parte de quien es el propietario del animal, tal y como lo estipula el artículo 2353 y 2354 CC; en relación con esto hay que diferenciar los tipos de animales que pueden llegar a generar perjuicios y esto es muy importante porque lleva a que la regulación cambie notoriamente. *“Se ha dividido para esos efectos en dos categorías: a) los llamados domésticos, entendido por tales aquellos que han sido puestos por el hombre a su servicio, que le prestan utilidad, o de los cuales se beneficia y b) animales fieros o salvajes, entendiendo por tales aquellos que no han sido domesticados y por lo tanto no son dominados por el hombre.”* (Martínez 286); estas clases de animales están contenidas en el artículo 687 y 695 CC.

En los casos de daños por animales domésticos se maneja el mismo tipo de carga de la prueba que en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, tal como lo expone el artículo 2353 CC, habrá responsabilidad por el hecho de un animal no fiero que no fue adecuadamente vigilado, por lo que si se busca eximirse de responsabilidad tiene que acreditarse *“...un factor extraño, constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o hecho de un tercero.”* (Santos

³⁴ *“...las cosas se han dividido en animadas, que se refieren a los animales que tienen vida, y en inanimadas, que se refieren a las cosas inertes, que no tienen movimiento por sí mismas.”* (Martínez 283)

199 Tomo II), además de probar “... buena diligencia y cuidado, es decir, ausencia de culpa. Generalmente, deberá probar adecuada vigilancia del animal...” (Tamayo Tomo I 1402)

Hay que reconocer que el artículo 2353 CC, se aplica para todo tipo de animales³⁵, mientras que el 2354 CC, enfatiza su estudio en los animales fieros en donde hay que analizar la ganancia que recibe el dueño del animal por tenerlo, ya que habrá presunción de culpa en caso en que el animal no reporte utilidad, por lo que sólo admite causa extraña para eximir la responsabilidad.

“Si el animal fiero sirve para la guarda o servicio de un predio, entonces no hay la responsabilidad prevista en el artículo 2354 del Código Civil y habrá que determinar si ante ésta situación cabe otro tipo de responsabilidad aquiliana. (...) la responsabilidad está fundamentada en la culpa de tener un animal fiero a sabiendas de los peligros que ello origina (...); el responsable no puede liberarse alegando que no ha podido impedir el hecho.” (Tamayo Tomo I 1406)

Si bien es cierto que el artículo 2354 CC cobija a los animales fieros, esto no quiere decir que siempre que estos cometan un daño se aplicará éste artículo, lo que hay que analizar es si el daño fue producido en razón a la fiereza del animal y en caso en que no el análisis se irá por el artículo 2353 CC. *“(...) hay que distinguir la naturaleza del daño para saber cuál es la norma aplicable en algunos casos. Si un toro de casta se introduce a un predio vecino y allí se come el pasto que*

³⁵ *“El artículo 2353 se refiere a toda clase de animales, sin hacer distinción de tamaño ni especie. Sin embargo, cuando el daño surge de la fiereza del animal lo aplicable es el artículo 2354 (...) Lo importante es que se trate de un animal que esté o haya estado bajo el dominio de alguien; comprende los animales domésticos y domesticados...”* (Tamayo 1404 Tomo I)

encuentra, la acción se rige por el principio general del artículo 2353, pues el daño no surge de la fiereza del animal, sino de la condición de inconsciencia e instinto que rige el comportamiento animal; igual daño habría sido causado por un animal no fiero; en cambio, si ese mismo toro embiste a un tercero el daño debe ser imputado a su fiereza (art.2354).” (Ibíd. 1407)

Ya en cuanto a las cosas inanimadas se reconocen los daños producidos por la ruina de los edificios o cosas que caen de ellos, lo cual se ve en los artículos 2060, 2350, 2351, 2355 CC; dentro de este campo cabe anotar que hay ciertas cosas que pueden llegar a ser peligrosas por lo que manejan un régimen de responsabilidad mucho más estricto.

Por último cabe anotar que en las actividades peligrosas la única manera de exonerarse de responsabilidad es con causa extraña ya que de entrada se presume la culpa del que está realizándola, “... *que la responsabilidad del artículo 2356 CC es objetiva o por riesgo, pues no se examina si ha existido culpa o no del agente, y tan solo se le permite acreditar que no causó el daño; o que el daño no le es imputable, o que no existe el nexo causal.*” (Tamayo 869 Tomo I)

III. Responsabilidad Civil Médica

A. Definición y Generalidades

1. Naturaleza de la Responsabilidad Civil Médica

Una consideración que hay que tener en cuenta para establecer las generalidades en la responsabilidad civil médica es si se está frente a una responsabilidad civil contractual o extracontractual. Frente a esto se ha llegado a la conclusión que dependiendo del caso podrá tomar cualquiera de estas modalidades pues lo que se analiza es el incumplimiento de obligaciones que se deriven en general de esta actividad. *“Así entonces, la culpa médica es una culpa profesional que sólo tiene existencia cuando se da una obligación incumplida relacionada con el ejercicio de esa actividad, enmarcada o no dentro de un vínculo jurídico previo, con lo cual queda delimitado que la responsabilidad de los médicos puede ser Contractual o Extracontractual”* (Santos Ballesteros 254 Tomo II)

2. Fuentes de la Responsabilidad Civil Médica Extracontractual

La responsabilidad civil médica puede ser por el hecho propio, por el hecho de otros o por el hecho de las cosas. *“De la misma manera como en la responsabilidad civil extracontractual en general, la responsabilidad extracontractual médica puede presentar por tres diferentes fuentes- Por el hecho propio.- Por el hecho de un tercero.- Por el hecho de las cosas animadas o inanimadas.”* (Serrano 189)

i. Responsabilidad Civil por el Hecho Propio

La responsabilidad profesional es por lo general una forma de responsabilidad civil por el hecho propio, significa que es aquella que se aplica a los daños causados por una persona en el ejercicio de una profesión o en su actividad profesional, en este caso en particular la responsabilidad civil médica es entonces un tipo de responsabilidad profesional. *“La prestación debida por los profesionales de la medicina, es por norma “personalísima” (...), perfeccionándose un contrato de confianza entre facultativo y paciente; en función de ello es que el facultativo, por regla general, responderá por el hecho propio, ya sea que haya incurrido en dolo (...) o en culpa (...) en cualquiera de sus aspectos: impericia, imprudencia o negligencia”* (Pérez de Leal 106).

Se constituye este tipo de responsabilidad en razón al incumplimiento por parte del médico de deberes jurídicos propios de su profesión. *“La responsabilidad civil médica es una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia*

del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad” (Santos Ballesteros 253 Tomo II)

ii. Responsabilidad Civil por el hecho de Otros (Equipo Médico)

Otro tipo de responsabilidad que puede surgir es el de responsabilidad civil por el equipo médico, es decir aquella que se genera por el hecho de las personas subordinadas sin que en este caso se hable de una subordinación laboral. *“Denominado también responsabilidad por el hecho ajeno, consiste en que aunque una persona no ejecute directamente el hecho dañoso, debe responder civilmente con base en los vínculos que tiene con quien causó el daño directamente.”* (Serrano 53)

En este caso en particular el médico para poder prestar sus servicios requiere de la intervención de otras personas relacionadas con la actividad médica las cuales tendrán un vínculo de subordinación o dependencia con éste así como también se debe presentar la situación que ambas partes, es decir tanto el médico como su equipo médico sean civilmente responsables en relación al daño causado. *“Si el médico en la prestación del servicio se vale de la colaboración de personal auxiliar, y estos ocasionan un perjuicio, el primero se hace responsable por el daño causado. Esta responsabilidad se fundamenta en el deber de vigilancia y cuidado que tiene el médico respecto del personal auxiliar. Para que surja esta responsabilidad es necesario que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre el médico y quien ayuda a la prestación del servicio, además se requiere que ambas partes sean civilmente responsables.”* (Serrano 190)

Este sistema busca proteger a la víctima ya que le da la posibilidad de demandar ya sea a quien directamente le ocasionó el daño o al médico como tal, claro está; sin que sea posible que reciba una doble reparación, tal como lo establecen los principios generales de la responsabilidad civil. *“Es necesario precisar que esta responsabilidad por el hecho ajeno no extingue la responsabilidad personal del autor directo del daño, la víctima tiene la opción de demandar al médico o al personal auxiliar, que ocasionó el daño, pero no puede obtener una doble reparación.”* (Serrano 190)

Sin embargo se puede presentar la situación en la cual el daño no provenga directamente por el médico pero sea generado durante el acto médico por parte de instrumentos o personas que se encuentren bajo el cuidado del médico, en este caso habría lugar a responsabilidad por parte del médico. *“(…) puede suceder que el daño sea causado durante el acto médico por personas o cosas ajenas al tratamiento mismo, pero que estaban bajo la guarda o la dependencia del médico.”* (Tamayo Tomo I 98)

iii. Responsabilidad Civil por el Hecho de las Cosas

A pesar de lo anterior existen casos particulares en los cuales es posible hablar de responsabilidad civil por el hecho de las cosas, en relación con la responsabilidad civil médica hablaríamos de aquellos casos en los cuales los daños se derivan de las máquinas o en general de cosas que por sí mismas afecten a los pacientes; la razón de este tipo de responsabilidad es la falta de vigilancia o cuidado en virtud de la cual se genera un perjuicio. *“El fundamento de esta*

responsabilidad se encuentra en la falta de cuidado o atención necesaria ya que quien es propietario o se sirva de una cosa debe vigilarla y mantenerla en buen estado para que no cause ningún daño.” (Serrano 54)

Es necesario aclarar que éste tipo de responsabilidad se refiere a aquellos casos en los cuales la cosa haya sido la directamente responsable de la generación del perjuicio es decir sin ningún tipo de manipulación haya causado el daño; pues si a lo que se hace referencia es a aquellos instrumentos que se empleen para la prestación del servicio médico usados por parte del médico con los cuales éste haya causado un perjuicio, se estaría hablando de una responsabilidad directa o por el hecho propio³⁶. *“Esta clase de responsabilidad hace relación a que la cosa haya tenido participación activa en el perjuicio, y no que está se haya utilizado como instrumento por el médico en la prestación del servicio, caso en el cual la responsabilidad sería directa, es decir, que si el profesional durante el acto médico causa un perjuicio utilizando un bisturí, se presentará una responsabilidad directa. Situación diferente es cuando la cosa sin manipulación externa causa un perjuicio; el ejemplo más nombrado por los tratadistas es la explosión de equipos médicos”.* (Serrano 191)

iv. Responsabilidad Civil Médica como un tipo de Actividad

Peligrosa

Anteriormente se debatió en torno a si la responsabilidad civil médica se podría encuadrar en un tipo de actividad peligrosa en virtud a los riesgos que en ella se presentaban, sin embargo se llegó a la conclusión que esto no era procedente. *“Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego, que ésta no ha sido la constante posición de la Corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, pág. 759 y s.s.), inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad del médico era “aplicable el artículo 2356 del código Civil por tratarse de actividades peligrosas.”*(Sentencia 30 de enero de 2001)

La razón por la cual la actual posición de la Corte no se encamina a decir que la responsabilidad civil médica corresponde a un tipo de actividad peligrosa es en virtud a que en la medicina existen fundamentos éticos que justifican los riesgos que se presenten ya que lo que se busca es mejorar la calidad de la salud de los pacientes, diferencia sustancial con los riesgos que se presentan en la actividad peligrosa. *“Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial*

³⁶ *“(…) si el daño se produce como consecuencia de la utilización de un instrumento defectuoso que era de propiedad o estaba bajo la guarda del médico, éste se presume responsable y solo podrá exonerarse mediante la prueba de una causa extraña.(…)”* (Ibíd. 97)

riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina (...)”(Sentencia 30 de enero de 2001 Sala Civil Corte Suprema de Justicia)

3. Naturaleza Jurídica del Contrato de Prestación de Servicios

Médicos.

Uno de los puntos que se ha discutido en relación a la responsabilidad civil médica se ha dado entorno a frente a qué tipo de contrato se hace referencia, a cual es la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos. *“Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina”* (Sentencia 30 de enero de 2001 Sala Civil Corte Suprema de Justicia)

Con respecto a esto se ha dicho que es un contrato de arrendamiento de servicios, o un contrato al cual se le deben aplicar las normas de mandato, o un contrato de obra, o atípico, o por último un contrato multiforme el cual significa que toma elementos de uno u otro tipo de contrato dependiendo de la circunstancia frente a la cual se esté *“(...) es decir un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos en la ley (...)*”(Ibíd.)

La posición más acogida por la jurisprudencia y la doctrina es la que enmarca al contrato de prestación de servicios médicos como un contrato multiforme. *“Por último, más realista, amén que comprensiva de las diferentes formas de contratación de los servicios médicos, es la teoría del contrato multiforme-la que acogemos-, habida cuenta no excluye, a priori, una específica modalidad contractual, en particular, los tipos negociales de arrendamiento de servicios; de obra o de trabajo, pasibles de regular la relación médico-paciente, según sea el caso concreto, imposible –a fuer que riesgoso- de determinar anticipadamente con un carácter absoluto y, por tanto, general.”* (SIC) (Jaramillo 129)

Sin embargo, sin importar que naturaleza tenga la prestación de servicios médicos, lo importante es identificar el contenido y alcance de dicho contrato y así de esta manera tener claros cuales son los deberes que surgirán de éste vínculo jurídico. *“(...) lo fundamental está en identificar el*

contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa (...)” (Opcit.)

B. Acto Médico

El doctor Fernando Guzmán define el acto médico como aquel en el cual se determina la relación entre el médico y el paciente *“El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.”* (Guzmán Tomo 1, 293)

El acto médico tiene por objeto la protección al derecho fundamental a la vida razón por la cual es objeto de análisis y reglamentación. *“El “acto médico” es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como “objeto” la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la Ley, por incidir sobre un “sujeto de derechos”; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.”* (Ibíd. 298)

El objetivo principal del acto médico es el de mejorar las condiciones de salud de un determinado paciente ya sea mediante la prevención, el tratamiento o la rehabilitación. *“A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.”* (Ibíd. 293)

Las características presentes en el acto médico son: la profesionalidad en virtud a que el médico es el único profesional capacitado para ejercer la medicina, la ejecución típica que involucra las leyes propias de la profesión, la curación o rehabilitación del paciente y la licitud es decir que el acto médico debe realizarse conforme a la ley. *“Cuatro características principales distinguen al acto médico: La profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada “Lex*

Artis ad hoc” (...) sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud, o sea su concordancia con las normas legales”. (Ibíd 294)

En razón a las características mencionadas es necesario hacer un análisis de la Lex Artis en medicina. *“De las cuatro características principales que distinguen el acto médico (profesionalidad, ejecución típica, licitud y Lex Artis), la práctica de la medicina, mirada desde la Lex Artis merece un especial análisis, por la sutileza de sus principios en un mundo científico en permanente cambio.” (Ibíd 311)*

C. Lex Artis en Medicina

Cada profesional tiene unas determinadas leyes del arte y de la ciencia y con base a esto sabe cuál es su función dependiendo de las diversas circunstancias que se puedan presentar, a esta ley se le denomina “Lex Artis ad hoc” *“La locución latina Lex Artis, literalmente “Ley del arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.” (Guzmán 311 Tomo1)*

En virtud a los constantes cambios en tecnología y al avance en mejores métodos para tratar enfermedades es necesario que el médico permanezca siempre actualizado y de esta manera se encuentre en capacidad de brindar un mejor servicio. *“El médico tiene el deber de mantenerse constantemente actualizado. Y no solamente por afán científico o por el placer de conocer los últimos adelantos de su respectiva especialidad, sino por la obligación de conocer aquellos datos prácticos que tengan evidente repercusión en su ejercicio y que van a redundar en un mejor servicio a sus pacientes.” (Ibíd. 315)*

Debido a que la actividad médica compromete la presencia de derechos fundamentales de las personas es claro que requiere de una capacitación y estudios por parte del tratante, razón por la

cual se exige que el médico tenga su título universitario o su permiso de trabajar en el caso de los practicantes y así de esta manera ser competente de ejercer la medicina. *“La actividad profesional del médico se encuentra estrechamente vinculada con los derechos personalísimos, por tanto, el facultativo deberá ser extremadamente cuidadoso en el recto ejercicio del derecho emanado de su título universitario y de la habilitación profesional que se le otorgue”* (Pérez de Leal 106)

1. El Error Médico y su Relación con la Lex Artis

Uno de los conceptos que merecen mención y análisis en relación a la Lex Artis hace referencia al error médico; éste consiste en aquella confusión o desacierto por parte de un médico en el procedimiento o asesoría de un paciente, ocasionando en la mayoría de los casos perjuicios que se deban resarcir. *“El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona forma de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.”* (Guzmán 60)

Una de las manifestaciones del error médico hace referencia a la simple ignorancia, es decir aquellos casos en los cuales el médico actúa sin conocer del todo el procedimiento ni las consecuencias. En relación a esta situación es necesario que se examine cuales eran las circunstancias que rodeaban los hechos pues existen algunos casos en los cuales el médico se ve obligado a intervenir como lo es en el evento de existir un estado de necesidad; en este caso habría error pero también estaría presente una causal de justificación. *“Es necesario mencionar el concepto de error médico³⁷. Éste puede evaluarse en dos aspectos: el que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las circunstancias que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado estado de necesidad, que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente.”* (Ibíd.)

³⁷ *“En el plano jurídico, el error médico está constituido como entidad, por una constelación de datos, hechos, síntomas, pruebas y opiniones, que lo diferencian nítidamente del error común o vulgar que dan nacimiento a responsabilidad civil en otros términos.(...)”* (Ibíd. 61)

El otro tipo de manifestación del error médico es el denominado la ignorancia atrevida, en estos casos el médico actúa por necesidades personales y de manera irresponsable, sin tener en cuenta la Lex Artis de la respectiva situación por lo cual ya sea por falta de experiencia o conocimiento genera una lesión al paciente. *“La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán netamente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en el paciente.”* (Ibíd.)

Es necesario analizar cada caso en concreto puesto que lo que se va a juzgar no es simplemente que el resultado no haya sido el esperado sino si hubo o no negligencia por parte del médico y si este se valió de todos los recursos necesarios y tuvo en cuenta la Lex Artis para el tratamiento de un paciente. *“Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso.”* (Opcit.)

Con respecto a lo anterior el principio que se debe aplicar es el deber de cuidado en virtud del cual el médico debe ser consciente de las circunstancias, del estado del paciente y de sus conocimientos y experiencia en relación a las mismas para que de esta manera no actúe generando riesgos innecesarios ni daños por simple negligencia. *“En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto.)”* (Guzmán 61)

Finalmente queda claro que puede existir un resultado que no sea el previsto sin que necesariamente el médico deba responder pues lo que se analiza es cada caso en particular con base a la Lex Artis, es decir a las reglas que se tengan que seguir para el ejercicio de la profesión y de cada procedimiento o situación médica en particular. *“¿Puede equivocarse el médico al efectuar un diagnóstico o al prescribir el tratamiento? Obviamente que sí. ¿Debe responder el médico por cada error que cometa en su actividad profesional? No. Únicamente responderá del error culpable, esto es, del ocasionado en una imperita, negligente o imprudente práctica profesional, siempre a la luz de la Lex Artis o norma de excelencia del momento en el cual se juzgue su conducta.”* (Ibíd.62)

D. Elementos

1. Acción u Omisión

La responsabilidad del médico puede surgir de su acción u omisión ya que la culpa se puede presentar en cualquiera de estos escenarios. *“La conducta culposa obrada por el agente puede versar sobre una acción o una inacción.”* (Pérez de Leal 44)

La responsabilidad del médico se puede generar en su actuar, ya sea por hacer un mal tratamiento, por actuar con negligencia o impericia o por ordenar procedimientos que empeoren la situación del paciente “(...) *el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta , ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado que no corresponda a sus condiciones patológicas.*”(Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002 Corte Suprema de Justicia.)

Así mismo dicha responsabilidad se puede generar de su omisión es decir que en aquellas situaciones en las cuales el médico tiene el deber legal de actuar pero por el contrario él no lo hace generando un daño al paciente. “*El proceder por omisión no está referido a una mera inactividad, sino a la inobservancia de una norma que indica una actividad en algún sentido, y está reservado sólo para aquellos supuestos en que la ley impone la obligación de cumplir el hecho omitido (...) y como corolario de esa omisión al precepto legal se cause un daño a otro.*” (Pérez de Leal 45)

2. Culpa

La culpa médica hay que mirarla dentro del concepto de culpa profesional. Los profesionales deben realizar una actividad sujeta a ciertas reglas de conducta, estas reglas de conducta a veces están recogidas en normas legales las cuales en el caso en particular de responsabilidad civil médica hacen referencia a aquellas contenidas en el Código de Ética Médica contenido en la Ley 23 de 1981. “*Para apreciar la concurrencia o no de la culpa en la actividad profesional se debe recurrir a la norma citada (...) ya que ésta plasma un concepto amplio sobre el factor subjetivo de imputación, debiéndose destacar que la culpa profesional no es más que una manifestación de la culpa común en ocasión del ejercicio o la práctica de la disciplina de que se trate.*” (Paréntesis fuera del texto) (Pérez de Leal 39)

La culpa hace referencia a aquel actuar de manera contraria a como hubiera actuado una persona prudente o diligente en las mismas circunstancias. “*Al hablar de culpa debemos situarnos en el campo de los errores de conducta, dentro de la tesis de culpabilidad objetiva; ante la transgresión surge un juicio de reproche, fundado en haber obrado de modo contrario a lo esperado, en forma diferente a lo que la diligencia y la prudencia promedio indican, analizándose el actuar del agente con prescindencia de su voluntariedad*” (Ibíd. 31)

La diferencia principal entre el actuar doloso y el actuar culposo es en relación a la presencia o no de intencionalidad, en la culpa no existe la intencionalidad sino un actuar imprudente o negligente que lleva a la generación de un daño. “*La doctrina nacional mayoritaria coincide conceptualmente con el criterio de los juristas franceses citados, y al diferenciar el dolo de la culpa sostiene que esta última se caracteriza porque además de la ausencia de intencionalidad*

existe una omisión de la conducta debida, ya sea positiva o negativa que de haberse observado hubiese evitado un daño.” (Ibíd.32)

Es importante aclarar que la culpa debe ser analizada en cada caso ya sea que el vínculo de responsabilidad sea contractual o extracontractual; lo que cambia en el análisis es que en el campo contractual habrá culpa cuando exista incumplimiento de las partes de obligaciones nacidas entre ellas o con respecto a deberes secundarios de conducta plasmados en el negocio jurídico. Por otro lado habrá culpa en el campo extracontractual cuando el incumplimiento sea de un deber legal así no exista un vínculo jurídico que le preceda. *“Se incurrirá en culpa y el deber de responder será de carácter contractual cuando la trasgresión se relacione con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación nacida de un acuerdo de partes; estaremos dentro del campo extracontractual cuando la obligación reconozca su fuente en un deber legal.” (Ibíd.34)*

Claramente para que efectivamente haya responsabilidad se requiere que entre la conducta del médico y el daño exista un nexo causal es decir una relación directa de causalidad pues de lo contrario el médico no podrá ser juzgado como responsable ni culpable de los perjuicios que alegue el paciente, por lo cual la culpa debe ser analizada en cada caso en particular con base a la relación causa-efecto que sea referente al perjuicio que se generó. *“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que al obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones (...) resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”. (Sentencia 30 de enero de 2008)*

Como se dijo anteriormente la culpa profesional debe ser examinada en concreto lo cual significa que se debe observar la especialidad, la técnica en el ejercicio de la medicina, por eso se habla de una “Lex Artis ad hoc”, la cual establece las leyes que permiten manejar cada circunstancia al interior de la profesión y con base a esto se mira si existe o no por parte del médico un actuar reprochable. *“Para apreciar la presencia de la culpa debe valorarse la conducta del agente; si su actuar es reprochable por carecer de diligencia o prudencia estamos ante un obrar culposo” (Pérez de Leal 32)*

Sin embargo sea cual fuere el criterio que se adopte la culpa como tal hará referencia al actuar bajo imprudencia, negligencia o impericia. *“Esa conducta culposa del agente comprendida en el*

amplio concepto de “omisión de las diligencias que exigiera la índole de la obligación” (...), podrá presentárenos bajo los rostros de imprudencia, negligencia o impericia.” (Ibíd. 45)

Sea cual fuere la modalidad de culpa (bajo el actuar negligente, imprudente o impericia), surge el deber por parte del causante del daño de volver las cosas a su estado anterior o de indemnizar perjuicios. *“La culpa (art. 512 C.C) se caracteriza por la ausencia de esta intención deliberada de causar un daño al acreedor. Pero, frente a una lesión de intereses que reconozca su génesis en una acción u omisión objetivamente antijurídica por imprudente, negligente o imperita, surgirá la obligación de volver las cosas a su estado anterior o en su defecto la de indemnizar a la víctima los daños y perjuicios injustamente sufridos.” (Ibíd. 37)*

Para analizar la modalidad de culpa bajo el actuar imprudente es necesario establecer que una de las virtudes médicas consiste en ejercer la profesión bajo parámetros de prudencia y cuidado ya que de lo contrario al no tener las precauciones necesarias y llevar a cabo los procedimientos con cautela la consecuencia muy seguramente será la producción de un daño. *“(…) podríamos afirmar que la imprudencia consiste en una conducta culposa positiva, en una actuar desmesurado, en exceso, apresurado o irreflexivo que provoca un resultado dañosos por no haberse tomado las precauciones que el sentido común indica, o bien por haber actuado con cierta laxitud subestimando las posibles consecuencias dañosas.” (Ibíd. 45)*

Otra modalidad en la que se puede presentar la culpa hace referencia a la negligencia la cual consiste en el incumplimiento del deber de actuar por parte del médico. *“La negligencia podrá consistir tanto en una conducta positiva retaceada-hacer menos de lo que se debe o de aquellos que las circunstancias requieren que se haga-, como en una inacción ante el deber legal que ordena actuar, o bien en el incumplimiento liso y llano de acuerdo de voluntades.” (Ibíd. 46)*

La característica fundamental de la negligencia es el descuido y la omisión, los deberes legales de los médicos exigen que éstos empleen todo lo necesario para cumplir con el adecuado servicio de salud. *“La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de vista del derecho – y como elemento o forma de culpa- es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto, o bien una omisión.” (“E.D.”, 104-282)” (Ibíd.)*

Finalmente la última modalidad de la culpa es aquella que se basa en la impericia, es decir en la falta de conocimientos por parte del técnico para llevar a cabo la prestación de servicios médicos. *“La impericia es la falta de conocimientos técnicos o déficit de sabiduría para el ejercicio o práctica de una función profesional o arte.” (Pérez de Leal 47)*

i. La prueba de la Culpa

Uno de los análisis importantes alrededor del tema de la culpa, es aquel que se refiere a su carga probatoria; tema que se torna en indispensable al momento de decidir si existe efectivamente responsabilidad civil o no por parte del médico y el juez para esto requiere que existan elementos suficientes para tomar esta decisión. *“En rigor de verdad, la problemática que se plantea en torno de quien se encuentra gravado con el peso de la carga probatoria, sólo se torna trascendente y recrudece cuando el sentenciante, al momento de resolver, se encuentra ante la ausencia o insuficiencia de elementos o de actividad probatoria”* (Ibíd. 123)

En términos generales será el paciente quien deba probar la culpa por parte del médico y en este orden de ideas deberá hacer llegar al proceso las pruebas necesarias para esto. *“Por regla general, es el paciente o actor quien debe probar la culpa del profesional demandado”* (Ibíd.)

Es necesario aclarar que en ciertos casos hay una gran dificultad al momento de probar la culpa, razón por la cual la doctrina se ha encargado de establecer diferentes criterios para probar la culpa, estos hacen referencia al principio res ipsa loquitur, culpa virtual o la prueba prima facie. *“(…) la doctrina se ha ocupado preferentemente de señalar otras pautas como el principio res ipsa loquitur, (“las cosas hablan por sí mismas”), la culpa virtual o la prueba prima facie que “sujetan al juzgador en una determinada forma de discurrir, nos sólo para fijar un hecho como probado (…) sino para dirigir la carga de la prueba hacia una u otra de las partes en el proceso.”(Cita del Doctor Eugenio Llamas Pombo) ”* (Paréntesis fuera del texto) (Santos Ballesteros Tomo II 298)

ii. Criterios Reguladores de la Culpa Médica

Además de los elementos de responsabilidad civil que se deben tener en cuenta, entre ellos la culpa, la doctrina se ha encargado de establecer una serie de criterios para que valore el juez a la hora de determinar si existe o no culpa en el actuar del médico. Estos criterios son: el Criterio Res Ipsa Loquitur, el Criterio de la Culpa Virtual y el Criterio de la Prueba Prima Facie. *“Además de estas consideraciones relacionadas con la determinación de la responsabilidad médica y el papel preponderante que está llamado a cumplir el juez, la doctrina se ha ocupado preferentemente de señalar otras pautas como el principio res ipsa loquitur, (“las cosas hablan por sí mismas”), la culpa virtual o la prueba prima facie que “sujetan al juzgador en una determinada forma de discurrir, no sólo para fijar un hecho como probado (a través de la praesumptio hominis), sino para dirigir la carga de la prueba hacia una u otra de las partes en el proceso”(Cita del Doctor Eugenio Llamas Pombo)”* (Santos Ballesteros Tomo II 298)

iii. Criterio Res Ipsa Loquitur

El primer criterio, *res ipsa loquitur*, hace referencia a aquel en el cual el caso es tan evidente que la culpa se encuentra demostrada. “*Acerca del primer principio, que constituye una presunción, como lo indica el profesor Llamas, “hay veces en que las cosas hablan por sí mismas, no hace falta que hable el hombre, existe una circunstancial evidencia, que permite inferir no sólo la causalidad, sino también la culpa (...)*” (Ibíd.)

iv. **Criterio de la Culpa Virtual**

Otro criterio es aquel denominado como la culpa virtual, con base a este se hace una comparación entre el resultado común y ordinario y el que en realidad se produce y con base a esta desproporción se establece la presencia de la culpa por parte del actuar del médico. “*En cuanto a la culpa virtual, ésta se configura a partir de la anormalidad de un criterio resultado derivado de la intervención médica. A este respecto dice Tamayo Jaramillo que “la forma cómo ocurrieron los hechos le permite inferir al juez que sólo un comportamiento culposos del médico pudo haber sido la causa del daño”.*” (Ibíd.)

v. **Criterio de la Prueba Prima Facie**

El último criterio ha sido denominado por la doctrina como la prueba prima facie la cual surge de un análisis de las máximas de la experiencia. “*Finalmente, la prueba prima facie “consiste en deducir la causalidad y la culpa de máximas de experiencia... procede en los llamados sucesos típicos, en los que se ha comprobado un estado de cosas, según la experiencia de la vida, indica la existencia de una causa determinada o una culpa. (...)*” (Cita del Doctor Eugenio Llamas Pombo)” (Paréntesis fuera del texto) (Ibíd.)

vi. **Carga Dinámica de la Prueba**

Así mismo a pesar de lo anteriormente expuesto en relación a que por regla general le corresponde al paciente probar la culpa, esto no significa que toda la carga probatoria recaiga sobre él. En responsabilidad civil médica se presenta un criterio dinamizador de la prueba (carga dinámica de la prueba) en el cual ambas partes deben colaborar en un juicio. “*Lo expuesto no significa de modo alguno que la totalidad del peso probatorio recaiga sobre la parte actora (...) surge que accionante y accionado están llamados a acreditar los hechos contenidos en las normas con cuya aplicación pretendan beneficiarse, enrolándose dentro de la tesis de las cargas probatorias compartidas o concurrentes y resaltando el principio de colaboración o cooperación de las partes en juicio.*” (Pérez de Leal 130)

En virtud al criterio dinamizador de la prueba la totalidad de la carga de la prueba no recaerá necesariamente sobre el paciente, esto es en razón a que en responsabilidad civil médica hay ciertos conceptos y pruebas que requieren de estudios técnicos y científicos que son de mejor comprensión por parte del médico ya que corresponden al ejercicio de su profesión, esto permite

entonces darle cierta protección a la víctima. *“Partiendo de la premisa de que es el damnificado quien en principio está gravado con la carga de probar el incumplimiento del profesional, y tomando en consideración que reiterada doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que por momentos se torna una “prueba diabólica” que pesa sobre las espaldas de la víctima, quien debe acreditar cuestiones técnicas que normalmente no están al alcance de sus conocimientos, se ha ido evolucionando y adoptando nuevos criterios en el campo de la responsabilidad civil profesional”* (Ibíd. 137)

Hay ciertas particularidades que le corresponderá probar al paciente, éste deberá probar la existencia del contrato ya que es del mismo del que se deriva su condición de acreedor; así mismo, deberá probar el daño y en virtud a este el respectivo perjuicio patrimonial o moral que se ha derivado para él. *“(…) se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquier otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor (…)”* (Sentencia 30 de enero de 2001)

Sin embargo y como se ha dicho anteriormente, no es posible establecer reglas absolutas en materia probatoria puesto que existen casos en los cuales se debe acoger el criterio dinamizador de la prueba (carga dinámica de la prueba) que le permita al juez exigir de cada parte la prueba con respecto a la cual dependiendo de la situación sea más fácil para el médico o para el paciente hacer llegar una determinada prueba al proceso. *“Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probando permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también en aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión.”* (Ibíd.)

A pesar que exista la posibilidad que en un caso determinado el juez decida que es más fácil para el médico hacer llegar la prueba, esto no significa que siempre sea de esta manera. Lo que se debe buscar en el transcurso de un proceso es un equilibrio ya que no se puede llegar al punto extremo de proteger por completo a una parte o a la otra. *“Todo extremo encierra sus riesgos, y tender a una protección en exceso al paciente no solamente puede aventar reclamos infundado, sino que podría hacernos arribar en una absoluta inversión de la carga probatoria en las obligaciones de medios a cargo de los profesionales, relevando el actor de tener que probar (…)”* (Pérez de Leal 138)

El juez tiene una serie de herramientas que le van a permitir tomar una decisión en un juicio, una de estas es el principio de la buena fe procesal. Con base a este principio el juez podrá analizar

aquellos casos en los cuales el médico dificulta la obtención de una prueba, esta actitud permitirá en un proceso inferir culpa en su actuar. *“Todo ello sin perjuicio del principio de buena fe procesal, que llevará al juzgador a evaluar la conducta observada en el litigio por el profesional demandado cuando se limite únicamente a negar los hechos alegados por el actor o retacee información técnica a su alcance u oculte documentación que se encuentre en su poder (...)”* (Ibíd.130)

3. Daño

Se volverá a tener en cuenta las consideraciones generales que se exponían en el análisis general de la responsabilidad civil en las cuales se determinaba que sin daño no hay responsabilidad, lo mismo ocurre en responsabilidad civil profesional la cual requiere de la generación de un daño para poder operar. *“(...) el daño es el centro, el pivote del deber de responder. Sin daño no hay responsabilidad civil”* (Ibíd. 93)

En responsabilidad civil médica el daño se debe analizar según las circunstancias en las que se genere, es necesario diferenciar el daño que se causa en el transcurso del desarrollo del acto médico, de aquel se lleva a cabo en las instalaciones (Instituciones Hospitalarias) *“En primer lugar, se debe distinguir entre los daños causados durante el acto médico y los causados dentro de las instalaciones donde se realiza dicho acto, pero ajenos causalmente a éste último”* (Tamayo Tomo I 96); un ejemplo de ésta última circunstancia es aquella en la cual se incendia el hospital generando un daño a los pacientes, situación en la que no se presentaría un nexo de causalidad entre el daño y el acto médico.

Con respecto al daño que se lleva a cabo durante el transcurso del acto médico hay que analizar si dicho daño provino directamente por el médico *“(...) si el médico deja algún cuerpo extraño en el organismo del paciente”* (Tamayo Sobre la Prueba de la Culpa Médica 25), o si fue generado por los instrumentos utilizados en el acto médico *“En efecto, puede suceder que los daños sean causados por la mala calidad de los instrumentos o de los equipos utilizados. Piénsese, por ejemplo, en la ruptura de un bisturí que está siendo utilizado en una intervención quirúrgica o en la sobredosis de anestesia que recibe un paciente por deficiencias en el equipo.”* (Ibíd. 27) o si fue causado por personas ajenas al tratamiento *“Si se trata de cosas o personas que están bajo la guarda del hospital o del propietario del local donde se prestaba el servicio al paciente, la obligación de resultado pesará contra éstas últimas personas y en consecuencia, la obligación de seguridad que pesa sobre el médico será de medio, ya que él no tenía el poder de dirección y control de las personas y de las cosas causantes del daño. Sólo en la medida en que se pruebe una culpa del médico, éste comprometerá su responsabilidad.”* (Ibíd. 30) Las hipótesis que nos interesa son aquellas en las cuales el daño fue generado por el médico, por los instrumentos utilizados por éste en el acto médico, al igual que las personas que se encuentren

bajo su cargo; pues estas serían las situaciones que podrían generar una responsabilidad civil médica.

Hay que tener claro que siempre se debe analizar cada caso en concreto para determinar la producción del daño pues no siempre que el paciente no responda adecuadamente a los procedimientos llevados a cabo por el médico significa que éste último deba responder, el elemento fundamental en el análisis es si hay o no de negligencia por parte del que tiene la obligación asistencial y por ende si de esto se desprende el daño. *“Esto quiere decir que si a pesar de aplicarse el procedimiento recomendado y aceptado mundialmente, el paciente no responde adecuadamente o queda sometido a condiciones de incapacidad física y mental como ocurrió en el caso concreto o en el peor de los casos fallece, por ese solo hecho no hay lugar a imputar dicha lesión al establecimiento público, si el daño no obedece efectivamente a falta de diligencia y observación de la lex artis en el procedimiento operatorio.”* (Enero 24 2002)

Así mismo es necesario analizar en este tema del daño los riesgos presentes los cuales no solo hacen referencia a los riesgos generales de cada procedimiento sino los riesgos propios de cada paciente. *“Pero paralelamente a esta conducta existía un riesgo propio producto de las condiciones generales del paciente, la gravedad, evolución y estado de la enfermedad que obligaban a tener en cuenta factores como los riesgos de todo paciente asistido en un procedimiento quirúrgico, otros riesgos propios de cada persona en particular según las diferentes condiciones de cada organismo y otros riesgos atinentes a la enfermedad; pues, entre más avanzado se encuentre el estado patológico los riesgos de morbilidad son mayores.”*(Enero 24 2002)

i. El daño en el ámbito contractual

En el caso tal en el que se esté en presencia de un ámbito contractual, el daño se derivará de aquellos casos en los cuales el médico no ejecuta el contrato o lo cumple de manera defectuosa. *“Por lo que en el campo contractual que nos ocupa solamente habrá responsabilidad civil médica, cuando el profesional de la medicina causa perjuicios al paciente con ocasión de la violación del contrato de asistencia médica, ya sea por inexecución del contrato o por un incumplimiento defectuoso”* (Serrano 167)

ii. Características Generales del Daño

La primera característica del daño al igual que veíamos en responsabilidad civil general, es que el daño sea cierto, esto se refiere a que se genere en el juez la convicción de haber existido o que evidentemente existirá. *“El daño para que sea reparable debe reunir ciertas características generales, en primer lugar el daño debe ser cierto y corresponde en este evento demostrarlo al demandante. El daño es cierto cuando produce en el juez la íntima convicción de que ese daño ha existido o existirá (...)”* (Ibíd.168)

Así mismo el daño puede hacer referencia a la lesión de bienes jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales del paciente. *“Dentro de la concepción subjetivista de responsabilidad que*

oriente nuestra legislación civil, el daño o perjuicio se refiere en este caso al lesionamiento de los bienes jurídicos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales causados antijurídicamente por el médico en la persona del paciente.” (Ibíd. 167)

Se estará en un caso de daño patrimonial en aquellos casos en los cuales se haya lesionado bienes de carácter económico al paciente; por otro lado se estará frente a un daño extrapatrimonial en aquel evento en el que el daño haya lesionado derechos sin valor económico pero con protección del ordenamiento jurídico. *“(…) el daño puede recaer sobre bienes patrimoniales o extrapatrimoniales; y el daño es patrimonial o material cuando lesiona bienes económicos del perjudicado, y es extrapatrimonial o moral cuando lesiona derechos sin valor pecuniario pero de igual manera protegidos por el orden jurídico.” (Ibíd. 170)*

El daño también tiene la particularidad de hacer referencia a lesiones físicas o lesiones de orden síquico. En estos casos hay que analizar si dichas lesiones dejan secuelas en el paciente y en general cual es la gravedad de estas para poder establecer la magnitud del daño. *“El daño médico puede consistir en lesiones de tipo físico o síquico, las cuales pueden ocasionar secuelas en el paciente tales como la pérdida de un miembro, la de un órgano, la pérdida o disminución funcional, deformidades físicas, agravación de las condiciones de salud preexistentes y en el peor de los casos ocasionarle la muerte.” (Ibíd.)*

iii. Daño Patrimonial

Como se había planteado anteriormente este daño hace referencia a aquel que puede ser valorado económicamente. Este se puede dar como daño emergente o como lucro cesante; el daño emergente hace referencia a aquel valor que sale del patrimonio del paciente víctima derivado de la lesión que se le generó y para atender la misma. *“Este daño en la persona del paciente a su vez da lugar a un perjuicio de tipo patrimonial: el daño emergente, que consiste en el valor que sale del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del daño médico. Cuando el paciente se le causan lesiones, el daño emergente consiste en los gastos efectuados o por efectuar en el transcurso del tiempo con el propósito de recuperar el estado de salud del lesionado, o por lo menos corregir o disminuir las consecuencias del daño médico, como lo son las remuneraciones a los diferentes profesionales, auxiliares y enfermeras que atendieron al paciente, gastos de hospitalización, gastos por exámenes, drogas, aparatos, etc.” (Ibíd.)*

Por otro lado, el lucro cesante consiste en aquel monto que deja de ingresar al patrimonio del paciente afectado en virtud a la imposibilidad de continuar en su actividad laboral ya sea por un tiempo o perpetuamente. *“De igual modo la lesión ocasionada por el médico puede dar lugar a otro daño patrimonial: el lucro cesante, que en este evento consiste en lo que deja de ingresar al patrimonio del perjudicado como consecuencia de la disminución o pérdida de la capacidad laboral del lesionado, desde el día en que se produjo el resultado dañosos hasta el día de la sentencia de condena (lucro cesante pasado) y también por la que se produce con posterioridad al fallo (lucro cesante futuro). (Serrano 171)*

Para poder determinar dicho lucro cesante, se requiere de la ayuda de peritos expertos en la materia que permitan dar un diagnóstico del paciente y la magnitud de la lesión y de esta manera

evaluar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y por ende la respectiva indemnización. *“En el evento cuando al paciente se le causan lesiones que le incapaciten para trabajar, debe, para efectos indemnizatorios, determinarse con ayuda de expertos su duración, es decir si será permanente o no, y en segundo lugar se debe analizar el efecto que en la capacidad productiva produjo en el paciente la lesión, para precisar si se trata de una incapacidad parcial o total; aclarando que en este campo la incapacidad se refiere a la imposibilidad de volver a cumplir las actividades que desempeñaba el paciente antes de sufrir el daño”*(Ibíd.)

En el caso de muerte del paciente, el lucro cesante hará referencia a lo que deja de recibir aquella persona que dependía económicamente del fallecido para lo cual se deberá probar dicha dependencia y lo que ganaba la persona antes de morir. *“Cuando al paciente se le causa la muerte, el daño patrimonial que se le ocasiona a otra persona, y en este caso el lucro cesante consiste en lo que dejó de percibir esta persona (perjudicado) como consecuencia de la muerte del paciente. Lo que presupone que el fallecido brindaba ayuda económica a los demandantes, o que estos últimos dependían económicamente del primero (...)* (Ibíd. 172)

iv. Daño Moral

Además de los daños patrimoniales que anteriormente se enunciaban como consecuencia del daño; también se puede presentar daños extrapatrimoniales como lo es el daño moral. Este consiste en aquel que afecta los derechos personales de la víctima y se puede llegar a reconocer tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. *“Tanto en materia de responsabilidad aquiliana como contractual hay lugar a indemnización de perjuicios morales, a condición, lógicamente, de que aparezcan probados. En uno y otro caso las limitaciones son las mismas. En efecto, si no ha habido dolo del deudor contractual, este estará obligado a pagar, según el artículo 1616 del Código Civil, todos los perjuicios directos previsibles, patrimoniales, o extrapatrimoniales; pero si ha habido dolo de su parte, indemnizará también los imprevisibles. El legislador civil no hace distinción alguna.”* (Tamayo Tomo II 496)

El daño moral³⁸ hará referencia al *“... daño ocasionado al paciente, ya sea en responsabilidad contractual o extracontractual afecta derechos subjetivos o personales, como la vida, la integridad personal, etc., que carecen de valor pecuniario, estamos frente a un perjuicio moral que según clasificación jurisprudencial pueden ser: morales subjetivos o morales objetivados.”* (Serrano 172)

El daño moral subjetivo es aquel que además del dolor físico producto del daño del médico hace referencia a los trastornos psicológicos que esto le puede generar. *“En el paciente lesionado el perjuicio moral subjetivo o pretium doloris consiste por un lado en el dolor físico que le*

³⁸ *“...daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc...”* (Sentencia Corte Suprema de Justicia del 13 de Mayo de 2008)

ocasiona la lesión, así como el impacto psicológico: angustia, depresión, trastornos emocionales, etc., producidos por el hecho dañoso (...)” (Ibíd.)

Mientras que el daño moral objetivado se refiere a aquellos eventos en los cuales el daño ha causado en la víctima un desequilibrio psicológico de tal magnitud que repercute en sus condiciones económicas como por ejemplo que debido a su dolor no haya vuelto a trabajar. *“(...)se refiere a las repercusiones económicas que las secuelas de tipo psicológico le ocasionan, como sería la pérdida de ingresos económicos como resultado de la depresión, de la angustia, del desequilibrio emocional que le causó la lesión, la que se determina con la ayuda de peritos (...)*” (Ibíd. 173)

Con respecto a la anterior clasificación existen múltiples posiciones entre ellas la del Doctor Javier Tamayo³⁹ quien demuestra la dificultad de aplicar el daño moral objetivado en un caso concreto, por lo que no comparte la mencionada teoría que desarrolló la Corte Suprema de Justicia. *“Conforme con la definición dada por la jurisprudencia anterior, innumerables fallos han condenado en forma abstracta al pago de perjuicios morales objetivados. La situación no sería grave si no fuera porque en esas mismas sentencias se condena al demandado al pago de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante, lo que en el fondo constituye doble condena por un mismo daño.”* (Tamayo Tomo II 533)

Lo expuesto por Tamayo se ha evidenciado en algunos casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia se contradice al reconocer al daño moral objetivado como tangible y confundirlo con el perjuicio material.⁴⁰ *“La contradicción de la jurisprudencia es tan evidente que la misma sentencia de noviembre 5 de 1942 ya comentada, expresa: “El daño moral objetivado puede fácilmente repararse porque es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras*

³⁹ *“(...) los llamados perjuicios morales objetivados no son más que lo que tradicionalmente hemos denominado como perjuicios materiales (...) podría aceptarse que cuando ese perjuicio material o pecuniario se derive de un perjuicio moral subjetivo, entonces tome la denominación de daño moral objetivado. Pero el daño emergente y el lucro cesante de un lado y el moral objetivado por el otro frente a una misma víctima y derivados de un mismo hecho son absolutamente incompatibles.”* (Tamayo Tomo II 534)

⁴⁰ *“En consecuencia cabría decir que la Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado nunca han condenado al mismo tiempo, a favor de una misma víctima y en razón del mismo hecho, al pago de perjuicios morales objetivados y materiales por lucro cesante, ya que un perjuicio excluye al otro.”* (Ibíd. 539)

numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material.” (Ibíd. 535)

En aquellos casos en los cuales tanto el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia han reconocido perjuicios morales objetivados, se ve que no corresponde a lo que teóricamente es el daño moral objetivado sino que se disfraza sobre otras figuras como por ejemplo con el lucro cesante. *“Pero esos casos excepcionales a que hemos hecho referencia, realmente no otorgan indemnización por perjuicios morales objetivados de acuerdo con la definición que de ellos da la jurisprudencia colombiana. En efecto, unas veces, como en el fallo ya comentado del 30 de septiembre de 1968, proferido por el Consejo de Estado, simplemente se le da al daño emergente la denominación de perjuicio material y al lucro cesante la de perjuicio moral objetivado; en consecuencia, no se trata de superponer dos perjuicios provenientes de incapacidad laboral causado a la vez por lesiones físicas y por depresión psíquica.” (Ibíd.)*

La dificultad frente a esta teoría es que no se ha encontrado evidencia del daño moral objetivado en los últimos pronunciamientos de la Corte y del Consejo de Estado y por lo tanto dejan a un lado esta división teórica y lo que reconocen es el daño moral subjetivo como puro y simple.

v. Daño Fisiológico y Daño a la Vida en Relación

Otro daño de orden extrapatrimonial es el denominado Daño Fisiológico⁴¹. Es aquel que le impide a la víctima tener las mismas condiciones y calidad de vida que tenía antes de la

⁴¹ *“Además del menoscabo económico (daños patrimoniales) y emocional (daños morales) que pueda sufrir la víctima de un atentado a su integridad física, podemos hallar otra alteración en sus condiciones de existencia. En efecto, la incapacidad física o psicológica del lesionado van a producirle no solo pérdida de utilidades pecuniarias (daño material) o la de la estabilidad emocional, o dolo físico (perjuicios morales subjetivos), sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.” (Tamayo Tomo II 509)*

generación del daño, lo que implica que quien lo sufre tenga que vivir con amargura por no poder desempeñarse en las actividades que realizaba antes.⁴² *“Pero además se puede causar otra especie de perjuicio extrapatrimonial con motivo del daño ocasionado al paciente por el médico, como lo es el perjuicio a la integridad personal denominado (...) por nuestro tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo como perjuicio fisiológico, que consiste en la privación de los goces, de los placeres y satisfacciones que el lesionado podía disfrutar de la vida antes del hecho dañoso ocasionado por el médico, consistente en la pérdida de un miembro o de una función, por la agravación de una enfermedad o por el desequilibrio síquico. (...) aquí lo que se busca indemnizar es el malestar, el desagrado, la amargura de vivir con una disminución que le impide ser lo que era (...)”* (Serrano 174)

Anteriormente se hablaba de daño fisiológico y daño a la vida en relación como conceptos sinónimos⁴³ sin embargo tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado⁴⁴ han optado por utilizar sólo el daño a la vida en relación⁴⁵ *“Y, mediante providencia de 19 de julio de*

⁴² *“A riesgo de ser exagerados, podríamos gráficamente afirmar que el daño moral consiste en una vivencia desagradable, mientras que el daño fisiológico consiste en no poder disfrutar de una vivencia agradable. (...) En ese caso, la víctima que se ve privada de sus actividades no solo se pone a vivir mal (daño moral), sino que deja de vivir tan bien como lo hacía antes. Pasados el dolo físico o psíquico, la víctima podría lamentarse de no poder seguir realizando su actividad preferida.”* (Ibíd. 510)

⁴³ *“Se habla entonces, de daños fisiológicos, de daños por alteración de las condiciones de existencia, o de daños a la vida de relación. Para nosotros, los términos son sinónimos.”* (Ibíd. 509)

⁴⁴ *“El Consejo de Estado aclaró que la utilización del concepto “fisiológico” parecía derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, ya que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resultaba adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, como pueden ser las recreativas, culturales, deportivas, etc.”* (Jurídica al Día)

⁴⁵ *“Se insistió en que el perjuicio extrapatrimonial denominado “daño a la vida de relación”, correspondía a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resultaba inadecuado el uso de la expresión “perjuicio fisiológico”, por lo cual la Corporación desechó de manera definitiva el uso de esta expresión, pues esta clase de perjuicio no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que en razón de ella se producen en la vida de relación de quien la sufre. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2006. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio)”* (Jurídica al Día)

2000 (exp. 11842) fue perfilada la institución, al fijar las pautas que, en lo sustancial, se han mantenido hasta la fecha, en el sentido de que el daño a la vida de relación constituye un concepto más amplio que el de perjuicio fisiológico, por lo que es inadecuado asimilarlos, debiendo ser desechado el último término. Para extender el entendimiento de la noción, se puntualizó cómo “no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”, afectación que puede tener origen en una lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o una pérdida económica.”(Sentencia Corte Suprema de Justicia 13 de Mayo de 2008)

La primera vez que la Corte Suprema de Justicia reconoció el daño a la vida en relación⁴⁶ fue en la Sentencia del 13 de Mayo de 2008 en la cual se pudo probar la dificultad del demandante de continuar con las actividades que antes del accidente le generaban bienestar. “Como también se deriva de la prueba pericial que contiene la descripción de la lesión y de sus consecuencias, resulta innegable advertir que, a partir de dicho accidente, se presentó un empeoramiento o deterioro de la calidad de vida o el bienestar que llevaba la víctima, visible en la mayor parte de las actividades rutinarias o habituales, por más simples o elementales que ellas puedan parecer; es manifiesto que el hecho dañino ha determinado que la vida de Carvajal Gómez se vea sumida en un estado de anormalidad que, ante la base objetiva que lógicamente lo acredita y la contundencia de las otras pruebas que vienen a corroborarlo, no podía ser desconocido por el fallador de instancia.” (Sentencia Corte Suprema de Justicia 13 de Mayo de 2008)

El Consejo de Estado por su parte ha tenido una mayor trayectoria en el reconocimiento de este tipo de daño, su primer pronunciamiento a favor del daño a la vida en relación fue en la sentencia del 6 de mayo de 1993 “La jurisprudencia del Consejo de Estado ha evolucionado la conceptualización sobre el alcance y contenido de esta clase de perjuicio, en lo que constituye una línea teórica muy clara que sirve de referente a los jueces y abogados que se desempeñan en el área del derecho administrativo. En principio, a partir de una sentencia proferida el 6 de mayo de 1993 se reconoció la existencia de una forma de perjuicio extrapatrimonial, distinto del moral, que fue denominado perjuicio fisiológico o a la vida de relación. Se dijo, en aquella ocasión que éste perjuicio estaba referido a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.” (Jurídica al Día); luego en fallos posteriores ha ido precisando éste concepto. “Posteriormente, el 25 de septiembre de 1997, se precisó con más claridad el alcance del concepto mencionado, citando para el efecto las definiciones contenidas en el derecho francés, anglosajón e italiano,

⁴⁶ “Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad.” (Sentencia Corte Suprema de Justicia 13 de Mayo de 2008)

según los cuales se conocía como perjuicio de placer, pérdida del placer de la vida y daño a la vida de relación.” (Jurídica al Día)

4. Nexo de Causalidad

La relación de causalidad será aquella que se presente entre la culpa del médico y el daño del paciente, es necesario que esta sea probada pues de lo contrario se estaría actuando de forma injusta contra quienes ejerzan la medicina. *“En consecuencia, en aquellos casos en que no sea posible establecer la relación de causalidad entre la culpa del médico y el daño del paciente, el médico deberá ser absuelto, pues de lo contrario se estaría incurriendo en una injusticia con el demandado, ya que éste se vería abocado a pagar una indemnización por un daño que posiblemente, no causó.”*(Tamayo Tomo I 290)

Es claro que si las circunstancias del daño son ajenas a las de la actividad del médico y provienen de situaciones externas, no existe un nexo de causalidad puesto que el daño no puede ser imputado al médico. *“Cuando las consecuencias dañosas reconozcan su génesis en una circunstancia ajena a la conducta del galeno y el resultado dañoso obedezca a un acontecimiento distinto a su actividad o intervención profesional, quedará excluida la imputatio facti o imputación del hecho.”* (Pérez de Leal 116)

Además de lo anterior también es importante establecer el nexo causal para poder determinar responsabilidad contractual, si ésta se le imputa al acreedor a título de dolo o culpa y en este sentido se pueda determinar si responde por perjuicios previsibles o imprevisibles. Si se le

imputa dolo al médico deberá responder hasta de los perjuicios imprevisibles, por otro lado, si se imputa la responsabilidad a título de culpa deberá responder solo de aquellos perjuicios que eran previsibles salvo que los imprevisibles hayan tenido relación directa con el daño, caso en el cual deberá también responder de estos. *“El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del código civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. El que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un “delito o culpa”-es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en “que ha inferido” daño a otro.”*(Sentencia 15 de enero de 2008)

Además de las generalidades en materia de nexo causal que toma este sistema de la responsabilidad civil, es importante hablar de un criterio especial que muchas veces se utiliza en este tipo de responsabilidad profesional para establecer el nexo causal. Este criterio hace referencia a la pérdida de una oportunidad y es utilizado en muchos casos por el juez en aquellos eventos en los cuales el médico se defiende argumentando que así hubiera o no existido culpa por parte de él, el daño igual se hubiera producido. *“De otro lado, conviene hacer una precisión importante: en efecto, la verdadera teoría de la pérdida de una oportunidad en materia médica se produce cuando se demuestra que el médico cometió una culpa que causó el daño, pero el médico alega que el paciente de todas maneras habría podido morir, así no hubiese existido dicha culpa.”* (Tamayo 291 tomo 1)

Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia alegando que a pesar que el daño se hubiera producido con o sin la presencia de la culpa por parte del actuar del médico igual existió una pérdida de oportunidad en la rehabilitación o en el bienestar por parte del paciente. En la Sentencia del Consejo de Estado de enero 24 de 2002 se condena con base al principio de oportunidad al haberse presentado por parte del médico la omisión en el deber de información al paciente sobre los riesgos de la operación, información que no le permitió al paciente tomar una decisión que por lo menos aunque no se fuera a curar le permitiera no agravarse. *“En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no. En el caso sub análisis, la oportunidad habría consistido, si no en curarse, sí en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que si los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría.”* (Sentencia Enero 24 2002)

5. Causales de Exoneración

En responsabilidad civil médica la razón fundamental por la cual puede surgir una causal de exoneración que rompa el nexo de causalidad es la sujeción al deber de responder. *“La exoneración de la responsabilidad civil profesional y médica en particular se regirá por los principios generales que informa el deber de responder (...)”* (Pérez de Leal 116)

La causal de exoneración que se alegue no solo debe ser por sí misma capaz de generar el daño sino que además requiere que haya una ausencia de previsibilidad por parte del médico teniendo en cuenta los conocimientos propios de su especialidad. *“Debe tomarse en cuenta que el hecho ajeno para poseer entidad suficiente como causal de exoneración, no sólo debe ser por sí mismo capaz de producir el evento dañoso, sino que también deberá quedar fuera de las posibilidades de previsibilidad de un profesional promedio de la especialidad de que se trate o bien reunir características de inevitabilidad.”* (Ibíd. 117)

Es necesario establecer que las causales de exoneración que se presentan en responsabilidad civil también proceden para este tipo especial de responsabilidad civil profesional. *“(...) referente a las casuales exonerativas de responsabilidad, cuando la conducta del médico hace aparecer el daño, pero logra probar que el hecho generador de aquél ha surgido en presencia de una de las cuatro causales de exculpación (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente), no será civilmente responsable.”* (Guzmán 129)

i. Fuerza Mayor o Caso Fortuito

Esta causal de exoneración procede en aquellos casos en los cuales existía imprevisibilidad e irresistibilidad en relación a los perjuicios que se pudieran generar y que por lo tanto el médico en su deber de prestación de servicios médicos no tuvo la posibilidad de evitar. *“Consiste en un acontecimiento imprevisible e irresistible que impide al médico cumplir cabalmente su obligación asistencial, en donde los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad exigidos en el art. 1 de la Ley 95 de 1890 son sus elementos fundamentales.”* (Serrano 179)

Ha existido el debate en relación a si la fuerza mayor y el caso fortuito son o no sinónimos; al respecto, algunos los diferencian alegando que la fuerza mayor hace referencia al fenómeno de la irresistibilidad y por el otro lado el caso fortuito se refiere a la imprevisibilidad. *“Luego de diversos estudios y análisis de diferentes tratadistas, algunos aceptan que entre el caso fortuito y la fuerza mayor existe una diferencia consistente en que el tema de la fuerza mayor nos ubica en el campo de la irresistibilidad del hecho generador del daño y, cuando de caso fortuito se trata, el asunto mira hacia la imprevisibilidad del mismo.”* (Guzmán 127)

El campo de la irresistibilidad consiste en aquellas situaciones en las cuales no existía la manera de superar o evitar los resultados generados. Para que este fenómeno prospere se requiere que existan unas condiciones insuperables para el médico y que en este orden de ideas no le permitan llevar a cabo su labor asistencial en la forma correcta. *“La irresistibilidad implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho, para eludir sus efectos. Claro está que un hecho no se constituye en irresistible por la sola circunstancia de que su existencia haga más difícil la acción diligente del médico, aquí se requiere que el hecho sea insuperable, es decir, que debe haber una verdadera imposibilidad que le impida en forma absoluta y total la ejecución de la obligación asistencial.”* (Serrano 179)

Por otro lado la imprevisibilidad hace referencia a aquellas circunstancias en las cuales el médico no hubiera tenido la posibilidad de prever que una determinada situación se presentaría. Este análisis no puede hacerse sin tener en cuenta la experiencia y conocimientos por parte del médico pues debe analizarse en cada caso en particular y según las capacidades propias de la

persona. *“La imprevisibilidad consiste, según ha anotado la corte⁴⁷, en que no haya habido razón particular para pensar que el acontecimiento se produciría, que se predica cuando con arreglo a la experiencia común no se prevé o espera el suceso, que supone una ocurrencia de una importancia superior a las que sucede en el curso ordinario de la vida.”* (Ibíd.)

Para el Consejo de Estado⁴⁸ el caso fortuito hace referencia a aquella causa desconocida que genera un daño.⁴⁹ *“No sobra anotar que el Consejo de Estado distingue entre la fuerza mayor y el caso fortuito, concluyendo que cuando éste último concurre, no hay exoneración del demandado. Ahora, para dicha corporación el caso fortuito no es tanto el hecho interno como lo preconiza parte de la doctrina civilista, sino el daño cuya causa permanece desconocida.”*

(Tamayo Tomo II 112)

⁴⁷ *“... como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: “La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado...Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad.” Y en cuanto a la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, “el hecho... debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, releva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.”* (Sentencia Consejo de Estado del 3 de Mayo de 2007)

⁴⁸ *“Entonces quien alega una fuerza mayor o caso fortuito debe demostrar la concurrencia de estos dos elementos, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible.”* (Ibíd.)

⁴⁹ *“Es decir, ante la causa desconocida, el Consejo de Estado considera que hay un caso fortuito que no libera de responsabilidad.”* (Tamayo Tomo II 112)

ii. Hecho Exclusivo de la Víctima

Otra causal de exoneración es aquella en la cual haya autorización legal o consentimiento de la víctima.⁵⁰ En estos casos puede haber una exoneración total por parte del médico o una concurrencia de culpas en la cual haya existido responsabilidad en una parte por el médico; y en otra parte por el paciente. *“La conducta culposa del paciente puede dar lugar a exonerar de responsabilidad parcial o totalmente al médico que ha causado un daño, en la medida en que los hechos del paciente hayan sido la causa exclusiva o parcial de ese daño. (...) pueden en el primer evento exonerar de responsabilidad al médico o al menos, en el segundo, exonerarlo parcialmente al darse la concurrencia de culpas (...)”* (Serrano 181)

Los elementos fundamentales para que esta causal proceda y exonere al médico en su responsabilidad son: que exista un nexo causal entre el hecho por parte del paciente y el daño generado y por otro lado que el hecho sea ajeno al médico. *“Lo primero que debe analizarse cuando se estudia esta causal exonerativa, son los elementos constitutivos de ella para que pueda ser invocada por el demandado. Tales elementos son dos: el nexo causal del hecho de la víctima y el resultado dañino, y que el hecho del ofendido sea ajeno al agresor.”* (Guzmán 129)

iii. Hecho de un Tercero

Finalmente otro evento en el cual el médico se puede exonerar de responsabilidad es en aquellos casos en los cuales el daño haya sido generado por un tercero, en este caso al igual que en aquel de culpa exclusiva de la víctima, se puede exonerar totalmente o puede darse el fenómeno de la concurrencia de culpas. *“En otra especie de causa extraña que exonera de responsabilidad al médico a quien se ha atribuido el daño ocasionado durante su intervención, cuando este es ocasionado exclusivamente por el hecho de un tercero, al romperse el nexo causal de la conducta atribuible al profesional; o por lo menos limita su responsabilidad cuando se da el*

⁵⁰ *“Un ejemplo claro de esta causal lo constituye la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio.”* (Guzmán 130)

fenómeno de la concurrencia de causas entre su actuación y la del hecho del tercero.” (Serrano 182)

El término tercero hace referencia a aquella persona que es diferente del médico y del paciente y que a diferencia del equipo médico no tiene relación de dependencia con el médico pues si así fuera no se podría hablar de exoneración y no se estaría hablando de esta causal. *“En este evento por tercero debe entenderse una persona distinta al paciente y al médico deudor, la cual no debe tener una relación de dependencia jurídica, con este último porque si el perjuicio se debe a una falta de un subordinado suyo, como podría ser un auxiliar de cirugía, este daño no se considera causado por un hecho externo a la esfera jurídica del médico, por lo tanto en este caso no se puede hablar de exoneración (...)” (Ibíd.)*

Uno de los requisitos que se exige para que se esté en presencia de esta causal es que además que el daño haya sido producido exclusivamente por el tercero, se esté frente a una situación imprevisible e irresistible para el médico puesto que si existió negligencia por parte del mismo no se puede hablar de dicha exoneración. *“Si el hecho del tercero es la causa exclusiva del daño y el médico se exonera totalmente, siempre y cuando este hecho sea imprevisible e irresistible, porque si el médico actuó negligentemente de ninguna manera este hecho será externo a su actividad y no lo exonera de responsabilidad.” (Ibíd.)*

Así mismo en esta causal debe haber un nexo causal⁵¹ entre el hecho por parte del tercero y el daño así como el hecho debe ser ajeno al médico o al paciente⁵². *“Al igual que la causal estudiada anteriormente, el hecho de un tercero invocado como tema de exoneración de responsabilidad debe llenar ciertos requisitos para su viabilidad. Aun cuando no existe unanimidad sobre las características propias de esta causal exonerativa, la gran mayoría de los autores coinciden en por lo menos las siguientes: causalidad entre el hecho y el daño (nexo causal) y, que sea un hecho ajeno al ofensor y a la víctima. (...) El hecho a que se refiere esta causal exonerativa, debe tener plena independencia del obrar del demandado y de la víctima” (Guzmán 130)*

iv. Pactos Exonerativos de Responsabilidad

Es necesario aclarar que no existe la posibilidad de establecer pactos que le permitan al médico exonerarse de responsabilidad *“Dispensar de culpa mediante pactos limitativos o excluyente de*

⁵¹ *“El primer requisito, la causalidad, consiste en que el hecho realizado por el tercero, debe ser concurrente con la producción del daño, ligándose a éste por una relación causal, al punto en que de no existir el hecho del tercero, el daño no se hubiera producido, es decir, que de no mediar tal hecho no es posible invocarlo como causal exonerativa de responsabilidad.”(Guzmán 130)*

⁵² *“En cuanto al segundo elemento, es evidente que el hecho del tercero no debe ser consecuencia de un acto anterior del agresor, pues de ser así, no habría lugar a interponer tal hecho como defensa, ya que el resultado obedeció a un estímulo cuyo origen fue el actor y por ello, solamente será este último el directo responsable. (Guzmán 130)*

responsabilidad implica que por acuerdo de partes se exime al deudor, ya sea en forma total o parcial, de la culpa en que pudiere incurrir en el cumplimiento de su obligación y que genere daños al acreedor” (Pérez de Leal 121)

Esto no se permite en primer lugar por la esencia misma de los deberes que asume el médico en el ejercicio de su profesión que comprenden la presencia de la diligencia y el cuidado necesario para poder brindar un mejor servicio al paciente. *“La invalidez de pactos de tal tenor en esta materia estaría dada, en primer término, por la naturaleza jurídica del deber asumido por el galeno, el que por regla es de diligencia y prudencia, y lo que eventualmente podrá estar en tela de juicio se relaciona con esta circunstancia, es decir, la posible cual en el cumplimiento de la obligación” (Ibíd.).*

Así mismo no proceden este tipo de pactos en razón al interés público que se constituye como límite a la voluntad de las partes. *“En segundo lugar, está de por medio el interés público que concurre como límite a la voluntad de las partes, y por tanto, las cláusulas de irresponsabilidad pactadas en estas circunstancias serían nulas” (Ibíd.)*

La consecuencia entonces de este tipo de estipulaciones por parte del médico que busquen eximirse o limitar su responsabilidad será la ineficacia. *“(…) todas aquellas estipulaciones limitativas o excluyentes de responsabilidad que el paciente haya acordado con el profesional serán ineficaces, y planteada la litis el facultativo no podrá ampararse en un pacto de tal tenor para dejar a salvo su deber de responder.” (Ibíd.)*

E. Relación Médico-Paciente

La relación médico-paciente se constituye cuando una persona capacitada para ejercer la profesión de la medicina y su respectiva especialidad acepta o se encuentra en una situación en la que debe atender a un paciente que necesita de su ayuda y sus conocimientos. *“La relación médico-paciente, esencia del ejercicio de la medicina, se produce cada vez que un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.”* (Guzmán Tomo I 293)

1. Naturaleza Jurídica de la Relación Médico-Paciente

Durante mucho tiempo se pensó que la naturaleza de la actividad médica no se encuadraba en el sistema de responsabilidad civil contractual sino que se incurría en una extra o fuera de lo contractual en razón a los bienes jurídicos que se involucraban. *“Mucho se ha debatido en torno a la naturaleza jurídica de la relación que une a médico y paciente, y hasta la fecha subsisten las disidencias de opinión acerca de la génesis contractual o aquiliana de la vinculación.”* (Pérez de Leal 51)

Hoy en día por lo general la relación médico-paciente es contractual y por excepción extracontractual. *“La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias afirman que por regla general la relación jurídica que une a profesional y paciente tiene fuente contractual, y sólo excepcionalmente será de origen extracontractual. No podemos desconocer la existencia de situaciones en que el paciente puede resultar víctima de un daño que reconozca su génesis en un obrar culpable fuera del contexto contractual.”* (Ibíd.54)

La naturaleza de este tipo de contrato es civil y tiene como características el ser intuitu personae, bilateral, consensual, oneroso, conmutativo, de ejecución instantánea, de libre discusión y principal *“Debemos dejar claro ab initio que el contrato celebrado entre médico y paciente es de la esfera civil, en mérito a que por el contenido de los servicios en él enmarcados, el mismo resulta totalmente extraño a las normas y principio que nutren el Derecho Comercial.”* (Ibíd.55)

2. Formas en las que se constituye la Relación Médico-Paciente.

Existen varias formas a través de las cuales se establece la relación médico-paciente. Esta puede surgir por decisión voluntaria de las partes, por un acto unilateral por parte del médico, por

solicitud de terceros y por el simple hecho por parte del médico de adquirir el compromiso de atender a las personas.

“Artículo 5º. *La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos.*

1. *Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.*
2. *Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.*
3. *Por solicitud de terceras personas.*
4. *Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.”* (Ley 23 de 1981 Título II, Capítulo III)

Por lo general el médico tiene el deber de cumplir con la prestación de sus servicios, especialmente en aquellos casos en los cuales la relación médico-paciente surja en virtud a una situación de urgencia; sin embargo existen ciertos casos en los cuales el médico puede excusarse de asistir a un enfermo. Tales casos son:

“Artículo 7º. *Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:*

- a) *Que el caso no corresponda a su especialidad.*
- b) *Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya.*
- c) *Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.”* (Ibíd.)

3. Prestaciones en la Relación Médico-Paciente a cargo del Médico o del Equipo Médico

La relación médico-paciente puede involucrar prestaciones a cargo del médico como tal o prestaciones en equipo, esto tiene relevancia al establecer frente a qué tipo de responsabilidad se encuadra cada caso. *“(…) podemos distinguir según se trate de prestaciones en equipo (por ejemplo, intervenciones quirúrgicas), o prestaciones separadas (cada profesional en su especialidad) pero simultáneas (atención en común y a un mismo tiempo sobre un mismo paciente) o en grupo.* (Pérez de Leal 106)

En aquel caso en el cual se esté frente a prestaciones realizadas por parte de equipos médicos, existirá responsabilidad por cada uno de los integrantes si el paciente ha contratado individualmente con cada uno de ellos. *“En el supuesto de prestaciones realizadas por equipos no preestablecidos o conformados con regularidad para la realización de actos o prácticas determinadas, si la víctima ha contratado individualmente con cada profesional que compondrá*

el equipo (cardiólogo, transfusionista, anestesista, cirujano, etc.), la responsabilidad será también individual de cada integrante del equipo médico” (Ibíd.)

Por otro lado, en aquel caso en el cual el paciente contrate con el jefe del equipo médico, éste último tendrá a su cargo la guarda de la totalidad del equipo médico y por ende será responsable de las acciones u omisiones en las que incurra cualquiera de sus integrantes, esto sin perjuicio de la acción rescisoria que pueda éste ejercer sobre los profesionales que intervengan en el equipo. *“Cuando el paciente contrata con el jefe de equipo médico, éste será el responsable ante acciones u omisiones culpables de sus integrantes. Es éste un supuesto de responsabilidad por el hecho de sus auxiliares o colaboradores, ya que el deudor de la prestación se sirve de otros profesionales para el cumplimiento de la obligación personal contraída contractualmente, y por tanto es garantía de la conducta de sus colaboradores, y por tanto es garantía de la conducta de sus colaboradores (...) ante la víctima. El jefe de equipo podrá (...) ejercer la acción rescisoria sobre el resto de los profesionales intervinientes.” (Ibíd.107)*

Hay situaciones en las cuales cuando participa un equipo médico no es posible determinar quien fue el agente generador del daño, en estos casos en particular habrá presunción de solidaridad y por lo tanto responderán todos los intervinientes en igualdad de condiciones. *“Si experimentado un daño, no se puede determinar quién de los integrantes incurrió en culpa dentro del equipo, se presume iuris tantum la culpa solidaria del grupo (...)” (Ibíd.)*

Es claro que a la víctima no le corresponde probar ni investigar la culpa específica de cada uno de los integrantes del equipo médico. Ella lo que deberá hacer es accionar contra todos los que intervinieron en aquel suceso en el que se le generó un daño. *“La víctima no tiene obligación de investigar la mecánica de los acontecimientos, y por tanto le asiste el derecho de accionar contra todos los intervinientes; para el damnificado que no puede identificar la autoría o procedencia del daño la responsabilidad se le representa, en principio, como colectiva, esto es, se trata de un daño causado colectivamente.” (Ibíd.)*

4. Obligaciones de las Partes en la Relación Médico-Paciente

Uno de los aspectos relevantes que hay que analizar derivados de la relación médico-paciente hace referencia a las obligaciones y los deberes que surgen por parte de cada una de las partes ya sean de carácter general o específico. *“Dentro del marco regulatorio de la relación médico-paciente, las partes intervinientes tienen a su cargo deberes y derechos que conformarán el sinálgama. Algunos serán de carácter genérico y comunes a toda la relación contractual; otros, de carácter específico y de conformidad al tipo de actividad a la que el contrato está destinado a regular.”(Ibíd. 67)*

F. Obligaciones y Deberes

En esta sección se estudiará de manera general las obligaciones y deberes que nacen de la relación médico – paciente, para luego entrar a analizar el tema referente a las obligaciones de medio y resultado; tema que ha generado polémica y que es de gran importancia porque determina la forma en que entra a responder este profesional de la salud.

Antes de examinar las obligaciones y deberes derivados de la relación médico – paciente es necesario entender que éstas no solo se predicán para el médico, sino que también el paciente tiene que seguir una serie de indicaciones, en razón a que esta relación es bilateral, como ya se explicó anteriormente.

1. Obligaciones y Deberes del Médico

Como primera medida el médico tiene como deber general de conducta⁵³ el de “...*procurar la preservación o el restablecimiento de la salud, tanto en lo físico, como en lo mental y espiritual, absteniéndose, correlativamente, de actuar en perjuicio ajeno...*” (Jaramillo 195), compromiso

⁵³ “*El deber céntrico o primario, efectivamente, estriba en la asistencia médica – o prestación de salud -, propiamente dicha, la que comprende, in extenso, los cuidados médicos – o sanitarios – y, en estricto rigor, la auscultación previa, el diagnóstico profesional y el tratamiento ulterior, grosso modo (eslabones del acto médico).*” (Jaramillo 201)

propio de su profesión. Es claro que este deber primario debe estar acompañado de unos deberes secundarios (instrumentales) que en este caso particular tienen que ver con proporcionar la información al paciente, guardar el secreto médico, entre otros; por lo cual se entiende como lo indica el Doctor Jaramillo que el médico es sujeto pasivo de un conjunto de deberes.⁵⁴

El ya mencionado deber general es un claro reflejo de nuestra Constitución Política ya que en su artículo 49 se establece que *“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”*; de lo cual se deduce que es una actividad que va muy ligada a nuestro estado bienestar, por lo que los deberes del médico *“...tiene asignada una indiscutida misión tuitiva, a la par que estelar, enderezada a satisfacer el interés – básico – del paciente, hasta donde ello resulte real y racionalmente posible, con sujeción a la lex artis ad hoc.”* (Ibíd. 202)

Por lo anterior es claro que el médico tiene en principio una obligación nuclear⁵⁵ de la cual se desprenden los ya mencionados deberes secundarios de conducta⁵⁶ y que componen la relación

⁵⁴ *“... el deber de prescripción farmacéutica; el deber de certificación; el deber progresivo de continuar con el tratamiento iniciado; el deber de diligenciar la historia clínica, etc., los cuales, en asocio con el precitado deber de prestación medular – céntrico, basilar o primario -, conforman el plexo de deberes sanitarios que incumben al profesional de la medicina...”* (Jaramillo Ibíd.)

⁵⁵ ARTICULO 1º LEY 23 DE 1981. *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 distinción 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.*

⁵⁶ *Respecto de los deberes principales están, por lo general, los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda del secreto médico. Descendiendo al acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados deberes secundarios de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnóstico, de información y elaboración del diagnóstico, de información y elaboración de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la*

jurídica⁵⁷; hay que entender que estas obligaciones y deberes parten del postulado de la buena fe⁵⁸ “... el deber y la obligación del Estado y de los particulares de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones que se originan en la celebración de contratos, una faceta de la actividad del Estado y de los particulares, que propugna por una especial modalidad de participación o colaboración, que se sustenta en la confianza mutua y en la credibilidad en la palabra del otro.”

(Jiménez)

constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su voluntad, si ello es posible, el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta. Estos deberes secundarios son, entre otros muchos, los que integran el contenido prestacional médico complejo. A lo anterior se agrega que en ocasiones, excepcionalmente, el resultado al que se orienta la intervención médica hace parte del débito prestacional y, por lo mismo, tratándose de una típica obligación de resultado, el fundamento de la responsabilidad varía substancialmente, siempre y cuando el incumplimiento y la prueba del daño evidencien la relación de causa a efecto, en los cuales aparece extraña la noción de mera actividad.” (Sentencia de 7 de Octubre de 1999)

⁵⁷ “... la obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta, (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente -, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta el alta), etcétera.” (Jaramillo 204)

⁵⁸ARTICULO 83 Constitución Política de Colombia. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

Del deber general del galeno de proteger y restablecer la salud⁵⁹ es necesario especificar que el médico debe actuar respetando “... *la integridad y la vida de los paciente (...) deberes de competencia profesional; de habilidad y de diligencia; de titulación – o de contar con un título idóneo -, y el de actualización científica...*” (Jaramillo 205); así mismo se podría decir que el médico tiene una obligación genérica que radica en cumplir la prestación a su cargo, “*La atención médica deberá ser brindada al enfermo en el momento oportuno y con la diligencia y pericia que las circunstancias de las personas y de lugar así lo determinen. (...) El médico debe comprometerse a asistir al enfermo conforme la ciencia y conciencia le indiquen, pero nunca podrá asegurar un resultado determinado.*” (Rodríguez 164)

En razón a lo dicho se puede dilucidar que el médico debe actuar sujetándose a los principios que establece la Ley 23 de 1981 donde se expresa claramente que “...*El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. (...), 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.*” (Artículo 1 Numeral 2 de la Ley 23 de 1981)

Se halla que los deberes no solo provienen del anteriormente mencionado contrato de prestación de servicios, estos también emanan de la ley, “*Tampoco puede desconocerse, en estrictez, que no todos emanan del contrato médico, propiamente dicho – por lo menos en forma privativa -, pues en ocasiones es la misma ley la que los impone, o la que refrenda su exigencia...*” (Jaramillo 217)

⁵⁹ “*La obligación general y principal del médico está constituida por la prestación del acto médico (...) asistencia médica...*” (Jaramillo 211)

A manera de síntesis se encuentra que los deberes del médico se resumen en los siguientes:

i. Deber de información

Se refiere a que el médico “... le suministre oportuna y fidedigna información que, objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera paliar la desigualdad existente, en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado principio de la buena fe.” (Jaramillo 224); éste deber se relaciona muy estrechamente con el presupuesto del consentimiento informado⁶⁰ que será desarrollado en el siguiente capítulo.

Este deber tiene unos límites ya que “... no se le puede exigir al profesional, por vía de ejemplo, que haga una exhaustiva nomina de riesgos médicos, puesto que ello entorpecería el trato personal y, muy seguramente, con sobrada razón, atemorizaría innecesariamente al paciente que, en tales condiciones, traumatizado, huiría del consultorio u hospital.” (Jaramillo 236); pero es claro que la información debe ser precisa y clara “El deber de información se satisface proporcionando esta con la claridad que demanda el nivel cultural del paciente, de manera amplia, cubriendo las diferentes dimensiones del plan médico, desde el diagnóstico, hasta el tratamiento y el comportamiento que debe observar el paciente en su convalecencia, o de manera permanente para conservar el limitado restablecimiento de la salud, y prevenir riesgos que tienen íntima conexión con la clase de intervención practicada o tratamiento aconsejado; y con contenido suficiente, sin dejar por fuera elementos relevantes e indispensables para otorgar el consentimiento, que naturalmente se han de sopesar, según el caso que se trate. La información ha de guardar fidelidad al estado de la *lex artis médica*.” (Sentencia de 2 de Julio de 2008)

Frente a este deber existen una serie de excepciones, que fueron expuestas por el ex magistrado

Jaramillo, las cuales serán brevemente enumeradas:

⁶⁰ “Es lo que sucede con la autorización que, (...) debe dar el paciente para la materialización de cierto procedimiento sanitario.” (Jaramillo 223)

- a) Cuando la información se le va a proporcionar a otro profesional de la salud.
- b) *“Cuando el paciente, en forma reiterativa o repetitiva, ha sido sometido a simétrico tratamiento...”* (Jaramillo 241), por lo que se entiende que ya lo proveyeron de la información necesaria.
- c) Cuando el conocimiento de la información genera perjuicios en vez de favorecer al paciente.
- d) *“Cuando el paciente, motu proprio, anticipada y reflexivamente, renuncia – en forma expresa - a su derecho a ser informado...”* (Jaramillo 243)
- e) Cuando se presente una situación de urgencia médica.
- f) Cuando el paciente sea un incapaz, frente a lo cual se le da la información es a los padres o tutores.

ii. **Deber de guardar el secreto médico**

Este deber es de gran importancia ya que se relaciona con el tema de la ética – médica⁶¹, además de tener consagración expresa en el artículo 2 de la Ley 23 de 1981⁶²; se refiere a *“... la relación*

⁶¹ *“Como una responsabilidad ubicada entre la moral y la jurídica se ha incluido la responsabilidad ética, que supera parcialmente el aspecto interno, espiritual y psicológico, para alcanzar el aspecto externo pero reducido o limitado a la esfera profesional. La mayoría de las actividades profesionales tienen un conjunto de reglas, de normas, que pretenden que el ejercicio de la profesión se ciña a determinados postulados y principios, que no se pueden desconocer. Por eso la profesión médica, la profesión del abogado, del ingeniero y otras, exigen un comportamiento adecuado, un ejercicio*

de confianza – plena – que debe existir entre él (médico) y su paciente, éste la ha confiado – o se apresta a confiarle – una información que, por su origen y connotaciones, sólo a él le pertenece (privatus). En tal virtud, nuevamente en función del principio de la buena fe, se le exige lealtad y corrección...” (Jaramillo 255 - aparte entre paréntesis y subrayado por fuera del texto.)

Se entiende entonces que la guarda del secreto médico tiene que versar sobre tres aspectos que son, “i) la identidad del paciente, ii) la naturaleza y tipo de la enfermedad consultada; y iii) las circunstancias inherentes a la relación de confianza, cuya publicidad puede significar daño o menoscabo al paciente o sus familiares.” (Jaramillo 257)

“Determinadas profesiones tiene la delicada tarea de ser recipiendarios de la confianza de las personas que ante ellas descubren su cuerpo o su alma, en vista de la necesidad de curación o búsqueda del verdadero yo. El profesionalismo, en estos casos, se identifica con el saber

profesional responsable y sanciona a quienes no se comporten o actúen dentro de esos lineamientos.”

(Martínez 10)

⁶² *ARTICULO 2o. Para los efectos de la presente ley, adóptense los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto. El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento médico: Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad; Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen; Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética; Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia; Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente; **Guardar y respetar los secretos a mí confiados**; Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; Considerar como hermanos a mis colegas; Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstas se interponga entre mis servicios profesionales y mi paciente; Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aun bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas; Solemne y espontáneamente, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho. (Aparte subrayado por fuera del texto.)*

escuchar y observar, pero al mismo tiempo con el saber callar... el médico (...) que se adentra en la vida íntima de las personas, se vuelven huéspedes de una cosa que no les pertenece y deben por tanto, lealtad a su señor.” (Jaramillo 265)

Al igual que el ya mencionado deber de información, la guarda del secreto médico⁶³ tiene unos limitantes que llevan a que no se de la aplicación de éste en circunstancias determinadas:

- a) Cuando este dirigiéndose al propio paciente⁶⁴ “... a lo largo de la relación *medical...*” (Jaramillo 258)

La Corte Constitucional considera este caso como “*Las revelaciones que el médico hace al paciente, no entrañan violación al secreto médico. El titular del derecho al secreto profesional es el paciente. Las informaciones que el médico suministra al paciente, permiten a éste conocer su realidad vital y sólo en estas condiciones podrá eventualmente dar su aprobación consciente a los tratamientos y terapias que indique el primero. La Corte ha sostenido que la relación médico-paciente no es de tipo autoritario o paternalista, sino de confianza y se rige por los principios de competencia científica del médico y de consentimiento informado del paciente. Las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional,*

⁶³ Artículo 37 Ley 23 de 1981. <NOTA DE VIGENCIA: El aparte entre corchetes {...} fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996, pero sólo en relación con las hipótesis contenidas en el artículo 38 de la misma Ley y con las salvedades que se establecen en los numerales siguientes.> *Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, {salvo en los casos contemplados por disposiciones legales}.*

⁶⁴ Artículo 38 Ley 23 de 1981. <NOTA DE VIGENCIA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996.> *Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:*

- a) <NOTA DE VIGENCIA: Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996.> *Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;*

constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado.”

(Sentencia C. 264 de 1996)

- b) Cuando se use la información de manera pedagógica.
- c) Cuando se convoca a una junta médica⁶⁵.
- d) Cuando le comunica la información a los familiares, por razones determinadas⁶⁶.

“Cuando con el propósito de buscar mejoría – física o psíquica- del paciente, el médico estima que sus familiares deben conocer lo informado o hallado, pues de otro modo, difícilmente

⁶⁵ Artículo 15 del Decreto 3380 de 1981. *Entiéndase por junta médica, la interconsulta o la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales teniendo en cuenta las condiciones clínico – patológicas del paciente.”*

⁶⁶ Artículo 38 Ley 23 de 1981. (...) b) <NOTA DE VIGENCIA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996, salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello.> *A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;* c) <NOTA DE VIGENCIA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996, sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad.> *A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;*(...) e) <NOTA DE VIGENCIA: La frase entre corchetes {...} fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo.> *A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.*

podrían apoyarlo y colaborarle. Además, por cuento en múltiples ocasiones, dicha revelación es necesaria, dado que ellos serán los que le suministrarán los medicamentos; transportarán al enfermo; le ayudarán a realizar sendos procedimientos, etc. En últimas, porque silenciando la enfermedad, lo único que se conseguiría es que la misma empeore, con grave desmedro de su estado de salud.” (Jaramillo 261)

Por su parte la Corte Constitucional en la ya mencionada Sentencia C. 264 de 1996 establece claramente que el secreto profesional puede levantarse en el caso en que el paciente se encuentre en inconsciencia; pero nunca cuando éste pueda dar su opinión o tomar una decisión. *“Si el estado mental del paciente le permite ser consciente de las implicaciones que acarrea la divulgación de la información, hacer caso omiso de su consentimiento, lesiona su autonomía y viola el deber de sigilo que debe mantener el médico. No obstante que el descubrimiento de la reserva a los familiares, pueda resultar útil para los fines del tratamiento, el paciente que, bien puede rehusar por entero el tratamiento del mal que lo aqueja, con mayor razón podrá negarse a una modalidad del mismo que comporte el conocimiento o la intervención de sus parientes próximos. Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente - estado mental anormal, inconsciencia o minoridad -, la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del paciente y, en sí misma, no representa un quebranto al secreto profesional, pues materialmente los familiares en la relación médico-paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos. La Corte declarará la exequibilidad del literal b de la Ley 23 de 1981, salvo en el caso de que el paciente esté en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares.” (Sentencia C. 264 de 1996)*

e) Cuando el médico se vea perjudicado por guardar la información.

“ Cuando el directo perjudicado por guardar el secreto sea el propio médico, circunstancia frente a la cual, ponderando ambos derechos, se ha entendido que debe primar el del médico – si realmente existe una amenaza real -, por cuanto de otro modo podría verse seria e injustamente perjudicado por no develar una información.” (Ibíd.) Un ejemplo de esta situación podría ser el expuesto por el Doctor Alfonso Sánchez Tejada, *“... un médico es acusado injustamente de homicidio. Está en vísperas de ser condenado a muerte. ¿Debe él, en buena moral, sea o no padre de familia, dejarse condenar antes de revelar el nombre del asesino, a quien había cuidado y de quien recibió la confesión de su delito?... No hay ningún moralista que obligue a tanto heroísmo.”* (Sánchez 88)

f) Cuando el paciente autoriza al médico a revelar la información.

g) Cuando sea necesario por prevalencia del interés general⁶⁷.

“... en punto de enfermedades – transmisibles – de envergadura, expresamente la normatividad permite que se proceda a develar la información previamente obtenida. El decreto 559/91, artículo 34, prescribe que, “...cuando la condición del paciente infectado por el HIV sea grave, por cualquier causa, o haya desarrollado el sida, el médico tiene la obligación de comunicar tal situación a sus familiares o allegados”. Conclusión que, por aplicación analógica, conduciría a

⁶⁷ Artículo 38 Ley 23 de 1981. (...) d) <NOTA DE VIGENCIA: La frase entre corchetes {...} fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996, salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación, y siempre que en los informes sanitarios o epidemiológicos no se individualice al paciente.> {A las autoridades judiciales o de higiene y salud}, en los casos previstos por la ley;

la misma exigencia, de cara a la amenaza de patologías de celeridad contagio, v.gr. tratándose de ciertas y graves epidemias, ante las cuales, en pro de la colectividad toda, resulta necesario que el galeno actúe informando oportunamente a las autoridades competentes (prevalencia del interés general)” (Jaramillo 263)

En relación a los deberes ya tratados hay que aclarar que esos son los de mayor importancia y quizás los que más discusión doctrinal generan, ya frente a los que a continuación se enunciarán hay que esclarecer que “... son más bien emanación directa o indirecta del deber céntrico o primario de asistencia – o prestación de cuidados médicos – o, en su caso ejemplificaciones de la conducta proba, leal, y oportuna que un galeno, como corresponde a su ministerio, debe desplegar, en pro del paciente. (...) éstos últimos atañen a su diligencia profesional...” (Jaramillo 266); en razón a esto serán brevemente explicados.

iii. Deber de contar con conocimientos, de poseer habilidad o pericia, y de actualización

Se refiere a que el médico “...está obligado a ser hábil, en razón de que siéndolo será más expedita la oportunidad de conseguir, dependiendo de las circunstancias, el resultado buscado por el paciente.” (Jaramillo 267); además que debe buscar la “... renovación que el médico debe procurar obtener, en orden a que, día tras día, pueda satisfacer en mejores condiciones las necesidades de la comunidad, tanto más cuanto que la medicina, por antonomasia, es una de las disciplinas que más evolucionan...” (Jaramillo 268)

iv. Deber de continuar con el tratamiento prescrito e iniciado con antelación

“...con el objeto de contribuir al conocido propósito de curación o mejoría del paciente, no debe sustraerse de continuar con el tratamiento iniciado, en la inteligencia de que éste, de ordinario, es continuo y, por tanto, no se agota en una sola actuación (acto médico plural). De ahí la significación de que se le dé continuidad, y no se interrumpa, puesto que ello podría minar su eficacia, con graves repercusiones en su salud.” (Jaramillo 270)

v. **Deber de disponer del material e instrumental adecuados**

“Se trata, simplemente, de que el profesional cuente con el instrumental y equipos básicos, de conformidad con la lex artis ad hoc, lo que implica que – ellos – se vayan ajustando, racionalmente y con medida, a las exigencias de la ciencia contemporánea, concretamente en función de los avances tecnológicos.” (Jaramillo 271)

vi. **Deber de prescripción farmacéutica y el deber de certificación y de documentación (la historia clínica)**

“Con todo, es claro que el galeno debe ser cauteloso en la prescripción farmacéutica, toda vez que los medicamentos, se sabe, no obran igual en todos los organismos. (...) Por último, el apellidado deber de certificación, en cierto modo emparentado con el anterior y, por consiguiente, con el de información, exige del galeno que, por escrito, consigne una precisa situación fáctica...” (Jaramillo 272)

La Ley 23 de 1981 define la historia clínica como *“ARTICULO 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido*

a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.”

2. Obligaciones y Deberes del Paciente

Como ya se ha venido esclareciendo la relación médico – paciente implica deberes a cargo de las dos partes involucradas, por lo que frente al sujeto pasivo se entiende que se dividen en dos grupos, el primero se relaciona con el pago de honorarios que recibirá el profesional de la salud en razón a la prestación de un servicio; el segundo tiene que ver con la cooperación del paciente en referencia a la información que debe proporcionar y al seguimiento de las indicaciones médicas.

i. Obligación de pagar los honorarios médicos

En primera medida la retribución está expuesta en la ya señalada Ley 23 de 1981⁶⁸ por lo que se entiende que “... *el paciente, como corresponde, deba remunerar la atención dispensada por el profesional de la medicina, a través de pago de sus respectivos honorarios...*” (Jaramillo 276)

De ahí que no hay que pensar que se comercializa la salud sino que el médico tiene que ser recompensado en su ardua tarea de preservar y mejorar la salud y vida de las personas, por lo tanto “... *dichos honorarios suelen determinarse en consideración a variados factores: versación médica; experiencia; estudios realizados; instalaciones...*” (Jaramillo 278)

⁶⁸ ARTICULO 22. *Siendo la retribución económica de los servicios profesionales un derecho, el médico fijará sus honorarios de conformidad con su jerarquía científica y en relación con la importancia y circunstancias de cada uno de los actos que le corresponda cumplir teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente y previo acuerdo con éste o sus responsables.*

ii. **Deberes de cooperación oportuna y efectiva a cargo del paciente**

a) **Deber de cooperación respecto del tratamiento recomendado**

Hace referencia a que el paciente debe seguir de manera puntual todo lo que le recomiende el profesional de la salud ya que eso está “... *en sintonía con el tratamiento trazado por su médico, debe ceñirse a él lo más rigurosamente posible, habida consideración que su recuperación o mejoría, según el caso, en gran parte dependen de ello. Es lo mínimo que debe hacer: seguir sus pautas e instrucciones...*” (Jaramillo 283)

Lo anterior se relaciona con el hecho que si el paciente no cumple las indicaciones el médico no es sujeto de responsabilidad, porque “*Además, esa no es su tarea, ni su responsabilidad, sino la del paciente, o la de sus familiares y allegados, conforme a cada situación, hecho que debe valorar en conjunto el juzgador, en orden a escrutar la conducta asumida por ambas partes, en especial por su destinatario.*” (Jaramillo Ibíd.)

Si se llegara a presentar la circunstancia que el paciente no cumpliera con el deber, el médico no tiene herramientas, ni acciones suficientes frente al paciente, ya que “... *el llamado deber – lato sensu – de cooperación del paciente de acatar el tratamiento recomendado, no encuadra en la estructura típica de una obligación, sino más específica y apropiadamente en la de una carga. Tanto es así que su inejecución, no posibilita – o habilita – al médico a ejercer ninguna acción correctiva – y menos de índole indemnizatoria -, en orden a que su cumplimiento sólo depende*

de aquél – o de sus allegados, conforme a las circunstancias -. Eso sí, es claro que el único perjudicado será el paciente...” (Jaramillo 289)

b) Deber de cooperación en torno al suministro de información veraz

“... se debe confiar al galeno toda la información que solicite, sin dobleces, recortes o matizaciones. El paciente, entonces, debe ser explícito y, sobre todo sincero, a fin de orientarlo, so pena del surgimiento de una situación desventurada y, por qué no, hasta letal.” (Jaramillo 292)

Se entiende entonces que el paciente al omitir o exagerar la información al médico puede inducir a que el galeno diagnostique un tratamiento incorrecto, *“... específicamente cuando se exagera la sintomatología experimentada, o cuando se dramatiza tanto que, el médico, confundido, diseña una estrategia (tratamiento) que no se acomoda a las reales necesidades del paciente, en perjuicio suyo, claro está.”* (Jaramillo *Ibid.*)

En ciertas situaciones específicas el paciente no posee toda la información o la desconoce, por lo que el médico debe autoinformarse *“... como profesional que es, deberá autoinformarse cuando las circunstancias así lo impongan, vale decir que si no se le informa adecuadamente, pero éste está en posibilidad de obtener la información requerida por otra vía, o mediante la realización de un determinado – y simple – procedimiento, no podrá pretextarse violación del deber que le incumbe al primero...”* (Jaramillo 293)

Los mencionados deberes tanto del médico, como del paciente deben ejecutarse en las diferentes etapas del acto médico, así a manera de ejemplo se entiende que “... *las diferentes obligaciones y deberes que se presentan, dependiendo de la etapa del acto médico del que se trate; así las cosas, en la etapa anterior al procedimiento se tratará de diagnosticar la enfermedad de que se trata. En esta etapa la obligación más importante del médico es realizar todos los exámenes necesarios para emitir un juicio y diagnóstico acertado; por parte del paciente, es esta etapa tendrá la obligación de suministrar al médico toda la información que sea importante y conducente para realizar el diagnóstico.*” (Rodríguez 159)

3. Obligaciones de Medio y Resultado

En relación con este tema lo más importante es determinar hasta donde llega la responsabilidad del médico por el no logro del éxito del tratamiento o procedimiento quirúrgico, por lo cual se buscará precisar esta situación además de sentar la posición de la jurisprudencia colombiana, respecto a ésta cuestión en particular.

Como antecedente histórico es preciso referirnos al doctrinante francés que origino esta división obligacional, fue René Demogue quien considero que *“La obligación que puede pesar sobre el deudor no es siempre de la misma naturaleza. Bien puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio. De ahí que en el campo de la medicina, terreno tan fecundo para el análisis de esta bipartición, el autor reconozca que el médico no promete la curación, sino sus cuidados.”* (Jaramillo 302)

El derecho colombiano también se dejó persuadir por esta corriente, el problema es que el artículo 1604 CC⁶⁹ al consagrar la graduación tripartita de las culpas sienta un freno para acoger las ideas francesas; *“Solo en la medida en que interpretemos sistemáticamente el artículo 1604, podremos definir si la distinción es válida o no en nuestro ordenamiento jurídico.”* (Tamayo Tomo I 421)

Al realizar un análisis profundo del artículo 1604 CC podemos llegar a la conclusión que la primer parte de la norma establece un principio general *“...El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima*

⁶⁹ ARTICULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>. *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.*

en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.”, del cual se revela la existencia de las obligaciones de medio.

Ya siguiendo con la lectura del artículo en su tercera parte se logra ver la silueta de las obligaciones de resultado, en cuanto *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.”*, en razón a que exige *“... que el deudor demuestre el caso fortuito, que es sinónimo de fuerza mayor y de causa extraña en general, está consagrando el principio contrario al del inciso 1 del mismo artículo y, por consiguiente, está convirtiendo todas las obligaciones contractuales en de resultado...”* (Tamayo Tomo I 438)

Existen diferentes posiciones respecto a si en Colombia es posible o no aplicar la división de las obligaciones de medio y de resultado; una opinión es la del Doctor Tamayo quien considera que *“... podemos entonces como consecuencia lógica, afirmar que también en Colombia es válida la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, puesto que, (...) unas veces el deudor solo se obliga a actuar con diligencia y cuidado, mientras que en otras debe lograr el resultado buscado por el acreedor.”* (Tamayo Tomo I 497)

Otra posición es la que expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de Enero de 2001, en donde se concluye que lo verdaderamente importante es determinar las obligaciones y deberes inmersos en el contrato de prestación de servicios médicos, para de ahí determinar cuál es el régimen que prevalecerá en la responsabilidad profesional y como se manejara la carga de la prueba. *“... lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato*

específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma. De lo cual se puede concluir que lo fundamental de las obligaciones de medios y de resultado, para el esclarecimiento de la responsabilidad del profesional de la salud, es el contenido del contrato de prestación de servicios médicos, porque este contrato en concreto es el que va a determinar los alcances de los deberes jurídicos asumidos por el facultativo, y el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran la responsabilidad profesional, sobre todo lo referente a la culpa. Tema este último que debe ser apreciado bajo la óptica del carácter socializador, moralizador y dinámico, mediante el cual, se distribuye la carga de la prueba entre las partes para demandar de cada una los hechos que está en posibilidad de demostrar y constituyen sustento de sus alegaciones”. (Sentencia de 30 de Enero de 2001)

En nuestra opinión las dos tesis son valederas, ya que en principio es claro que en cualquier relación jurídica lo trascendental es el negocio jurídico que las partes celebren, de ahí que las obligaciones que nacen del contrato son la fuente primordial de responsabilidad; en el caso particular de la profesión médica, hay que reconocer que por su especial naturaleza la doctrina ha venido interpretando ciertas circunstancias que permiten identificar la teoría de las obligaciones de medio y resultado, que unidas a los ya mencionados criterios de clasificación, llevan a establecer que el contrato de prestación de servicios médicos puede analizarse desde su propia existencia y de la mano permitir la intervención de las obligaciones de medio y resultado.

Para empezar nuestro estudio se debe empezar por la relación jurídica entre médico y paciente, que será la fuente de las señaladas obligaciones, *“En la praxis, lo corriente, lo ordinario, es que del negocio jurídico – o de la ley, según el caso -, afloren obligaciones de resultado, de suerte que las de medio, a diferencia de lo que prima facie pareciera, son más excepcionales – o raras, como algunos las llaman –, así en el campo de la medicina, ad exemplum, sean la regla, justamente por el contenido de la obligación, vale decir por la prestación debida (deber de prestación) (...) el contrato médico no es un contrato como los otros.”* (Jaramillo 298)

Se entiende entonces que tanto las obligaciones de medio como las de resultado hacen parte de la clasificación de las obligaciones de hacer⁷⁰ y por ende de las prestaciones de hacer, *“... aquellas que, de antaño, se traducen en un preciso y delimitado comportamiento o, si se prefiere, en una actividad a cargo del deudor (débito comportamental).”* (Jaramillo 299)

Antes de ver cada una de las obligaciones en específico podemos decir que *“... dentro de un mismo contrato puede haber múltiples obligaciones, unas de medio y otras de resultado y, que, por tanto, el artículo 1604 del Código Civil está errado cuando afirma que a todas las obligaciones derivadas de un mismo contrato se les aplica un mismo régimen de graduación de culpas.”* (Tamayo Tomo I 498)

⁷⁰ *“... cada vez que haya incumplimiento puro y simple de una obligación de prestación de servicios y se trate de cobrar los perjuicios adicionales, distintos de los del precio del servicio, la obligación violada será de resultado. Lo que significa que las obligaciones de hacer son todas de resultado en cuanto a la ejecución material de lo pactado y las de lograr el beneficio esperado por el acreedor con lo hecho pueden ser de medio o de resultado...”* (Tamayo Tomo I 512)

Se empieza entonces por diferenciar cada una de estas obligaciones.

i. Obligaciones de Medio

También son conocidas como obligaciones de actividad o obligaciones de simple comportamiento, se refieren a aquellas situaciones en que el deudor de la relación que en el caso particular es el médico, se compromete a desempeñar una determinada actividad⁷¹ “... *con total prescindencia de la consecución, a posteriori, de un determinado, concreto y tangible logro, (...) Su compromissum, como se anticipó, estriba en desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer, en lo que dista, el interés – primario – de su cocontratante (el paciente), que dista de un resultado particular, en razón de que éste no integra o conforma el deber de prestación, lo que significa que no está in obligatione, como lo revela un sector de la doctrina especializada.*” (Jaramillo 302)

Por lo dicho es claro que el carácter específico es la diligencia⁷², lo que lleva a que no se pueda volver responsable al deudor en todos los casos “... *no se podrá fundar ninguna responsabilidad contractual, en el escueto hecho de que el resultado esperado, no se alcanzó, en la medida en que éste, al margen de que se traduzca en el interés primario del accipiens, no hace parte del deber de prestación (...), por lo menos en este tipo de obligaciones, signadas por la insoslayable necesidad de dispensar los medios adecuados y pertinentes.*” (Jaramillo 304)

La prestación entonces radica en la “... *prestación eficiente de un servicio o la ejecución diligente y cumplida de una conducta profesional, y no el resultado, en sí mismo considerado...*”

⁷¹ “... *la filosofía de la obligación de medio solo es aplicable cuando el deudor cumplió materialmente la gestión o la prestación a que se habría obligado, aunque, pese a ello, no haya alcanzado el objetivo mediato buscado por el acreedor al contratar.*” (Tamayo Tomo I 415)

⁷² “... *el deudor es únicamente obligado a obrar con prudencia y diligencia en una dirección determinada; él no es obligado a otra cosa, concretamente a obtener un resultado.*” (Jaramillo 306)

(Jaramillo 2008, 305); es por ello que se dice que el médico⁷³ como regla general asume este tipo de obligaciones “... se compromete a brindarle al paciente una esmerada y cuidadosa atención médica, en un todo de acuerdo con los avances y con los cánones de la ciencia médica...” (Jaramillo 330)

Se puede decir que este tipo de obligaciones están inmersas en un juicio de aleatoriedad, ya que “Cuando la consecución del resultado es aleatoria, la obligación asumida es de actividad, porque el deudor, normalmente, no se compromete a obtener un resultado que sabe que es incierto. (...), en el contrato de asistencia médica la curación del enfermo es aleatoria, por lo que hay que admitir, a no ser que las partes hayan expresado una voluntad en otro sentido, que el médico sólo está obligado a actuar con diligencia para tratar de curarle. (...) Por esto el médico se obliga a aquello que está a su mano y no a lo que escapa de su control.” (Cabanillas 42)

Habría entonces responsabilidad por parte del médico “... si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haber aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que sabía que era el indicado...” (Santos Tomo II 261); lo anterior en razón a que en este tipo de obligaciones “... lo que existe es un compromiso de diligencia y cuidado para la obtención de un resultado no asegurado. Por lo tanto, ante el incumplimiento de esta obligación, la presunción de culpa se podrá desvirtuar probando la diligencia y cuidado a las que se comprometió.” (Rodríguez)

Se dice entonces que quien tiene la carga de la prueba en las obligaciones de medios es el paciente “... el médico asume obligaciones de medios o de diligencia y que la carga de la prueba de su culpa, corresponde a la víctima...” (Santos Tomo II 260); lo dicho es un reflejo del régimen de la culpa probada, “... que la responsabilidad civil de los médicos (...) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado...” (Santos Tomo II 270), tema que será estudiado a continuación.

Un ejemplo de una obligación de medio en la práctica médica podría ser en “... aquellas cirugías que buscan controlar la concepción y la natalidad, donde el médico, dados los diferentes sistemas anticonceptivos informa a su paciente que los mismos no ofrecen seguridad absoluta a la mujer de no volver a quedar embarazada o al hombre de no volver a engendrar. Además,

⁷³ “... desde hace varias décadas se ha puntualizado que la obligación principal que emerge para el facultativo del contrato de prestación de servicios médicos, es de medios y no de resultado, toda vez que su compromiso neurálgico, por regla general – que tolera en si excepciones -, no va más allá de brindar asistencia médica, en forma adecuada, diligente y oportuna, dispensando, por consiguiente, los esmerados cuidados que cada situación demande, en particular.” (Jaramillo 214)

porque científicamente está comprobado que ninguno de los métodos anticonceptivos es 100% seguro, ya que lo máximo que garantiza es un 95% de posibilidad de no quedar embarazada o engendrar, según el caso.” (Ruiz)

ii. Obligaciones de Resultado

Son llamadas también obligaciones determinadas frente a las cuales “... el deudor no sólo se compromete a desplegar – o desarrollar – una actividad básica – o neurálgica – (instrumental, si quiere), sino a cumplir, como su nombre gráficamente lo revela, un resultado (opus) que, un plano ontológico, se pueda apreciar (ens real), de suerte que si no se obtiene (hacer calificado), no se extingue el deber de prestación a su cargo, por más diligencia que haya empleado, habida consideración que el cumplimiento en esta tipología prestacional, ad initio, no se reduce a tratar – o intentar -, sino a conseguir resultados efectivos.” (Jaramillo 309)

De lo anterior se colige que en estas obligaciones se busca obtener no cualquier resultado⁷⁴ sino que “... la conducta efectivamente debida, trasciende el débito corrientemente asumido por otro tipo de deudores, lo más, en la medida en que compromete un específico y demarcado resultado, como se anotó (opus), sin el cual, esa es la lógica y natural secuela, se fraguará un típico incumplimiento prestacional, por frustración – o insatisfacción – del interés que, en lo negocial, movió a contratar al acreedor, con lo que ello conlleva en el ámbito de la responsabilidad civil.” (Jaramillo 310)

Estas obligaciones provienen de diferentes tipos de fuentes, “... en las obligaciones de resultado, el deudor, por disposición expresa del legislador, por acuerdo de las partes o por la naturaleza de las cosas, (...) se obliga a lograr el resultado pretendido por el acreedor...” (Tamayo Tomo I 497); entendiéndose entonces que habrá responsabilidad en los casos en que se incumpla, o no se logre el resultado estipulado por lo que “... en el caso de incumplir lo prometido, deberá probarse que fue una causa extraña la que impidió la realización de dicho resultado.” (Rodríguez), lo anterior es un claro ejemplo de la culpa presunta donde la carga de la prueba es del deudor, que en este caso es el médico.

Como ya se había dicho en las relaciones médico – paciente se tiende a pensar que sólo se aplican las obligaciones de medio, pero esta es sólo la regla general, hay ciertas circunstancias médicas donde se pueden consolidar obligaciones de resultado, “El Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, consideró a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos tocará analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada. Para un mejor entendimiento, es preciso señalar los puntos más sobresalientes de la Sentencia de Octubre 7 de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez: Por lo anterior se tendrían que hacer, primero, un

⁷⁴ “... el deudor se compromete para con el acreedor a obtener la finalidad que éste buscada. Pero ha de entenderse que esa finalidad buscada es más o menos relativa.” (Tamayo Tomo I 418)

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

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

iii. Criterios de clasificación

Es claro que es necesaria la ya tratada división de obligaciones de medio y de resultado pero hay veces que se requiere acudir a ciertos criterios que permitan establecer cuando se está frente a cada una de ella, para de esa manera saber cómo funcionara la prestación del deudor y quien tendrá la carga de la prueba a la hora de presentarse una situación de responsabilidad.

Se estudiarán los criterios que la doctrina y jurisprudencia han establecido para clasificar las obligaciones de medio y de resultado.

a) Criterio de la voluntad de las partes

Parte del postulado de la autonomía de la voluntad privada *“... las partes contratantes dotan de contenido a la obligación y, por contera, le fijan su horizonte, v.gr. en la actividad médica, en la cual, con estribo a la referida voluntas, se demarca el norte del galénico.”* (Jaramillo 310); de lo anterior se entiende que es el deseo de las partes el que esclarece la relación jurídica y lo que determina si habrá o no, necesidad de utilizar la causa extraña o la diligencia para exonerarse de responsabilidad.

Es decir que éste es el criterio básico para configurar la relación jurídica e indicar si la obligación es de medios o de resultado; ya cuando las partes no revelan a qué tipo de régimen se acogen es necesario utilizar los siguientes criterios.

b) Criterio de la naturaleza intrínseca de la actuación debida

Se refiere a que la naturaleza de la prestación determina frente a qué obligación se está, lo que puede llegar a generar varias discusiones; por lo que se busca es determinar si hay o no alea (azar), ya que de ahí “... *se ha señalado – por un sector autoral – que cuando media una alea, la obligación es de medios, y que cuando ello no acaece, será de resultado.*” (Jaramillo 312). Este tema de la aleatoriedad ya había sido tratado respecto a las obligaciones de medios.

Este criterio es “... *auxiliar, que debe ser ponderado con cautela, en orden a no desterrar la bipartición en cita, en desmedro del autentico contenido prestacional y, de paso, de los intereses del paciente, perjudicado. Por tanto no debe ser examinado insularmente, como si su sola invocación se tradujera en detonante automático.*” (Jaramillo 315)

c) Criterio de equidad

Bajo el principio de la buena fe y de la hermenéutica “... *guiado por el penetrante mensaje emergente del mismo, pueda clarificar el contenido de la prestación, vale decir precise si en el caso individual, para ambas partes, es más justiciero entender que el compromissum asumido fue de medios, o por el contrario de resultado.*” (Ibíd.)

Este criterio busca “... *situar al acreedor que es víctima del daño en la mejor posición para hacer efectiva la responsabilidad del deudor.*” (Cabanillas 46)

Estos criterios en ciertas ocasiones son inciertos por lo que prevalece el estudio jurisprudencial “*La distinción entre obligaciones de medio y de resultado, no pueden vincularse a un criterio único, como el del alea; ellas depende – entonces – de una multitud de factores que la jurisprudencia está llamada a apreciar empíricamente.*” (Jaramillo 316)

Por último la importancia de clasificar estas obligaciones radica en el “... *tópico del onus probandi, o carga de la prueba – mejor aún, distribución de la carga de la prueba -, tema en manera adjetivo o trivial, como quiera que se trata, nada menos, que de hacer efectivo un determinado derecho subjetivo, vales decir la exigencia de la conducta debida (deber de prestación)...*” (Ibíd.)

iv. Posición jurisprudencial

Se empieza con el análisis con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de Noviembre de 1935, donde se manifestó la diferencia entre los dos tipos de obligaciones (de medio y de resultado), para luego en 1938 establecer que su aplicación es posible en el ordenamiento

nacional “*Débese a la clasificación introducida por DEMOGUE, en obligaciones de resultado y en obligaciones de medio, el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suele presentarse. El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que este debe suministrar. La prestación, pues o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor.*” (Sentencia de 31 de Mayo de 1938)

Ya en el año de 1940 la Corte Suprema de Justicia, señaló cual era normalmente la obligación que se involucraba en la práctica médica, que es la de medios, pero que había situaciones en donde la obligación que prevalecía era la de resultados. “*La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la curación de éste. (...) Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación con fines estéticos. Algunos expositores sostienen que, salvo estipulación en contrario, el médico en ese caso está vinculado a una obligación de resultado*” (Sentencia de 5 de Marzo de 1940)

En los años de 1985 y 1986 la Corte difiere de sus posiciones de manera considerable ya que en primera medida establece que el médico tiene como deber hacer todo lo necesario para aliviar al enfermo, por lo que la carga de la prueba de la culpa le corresponde al paciente, “... *las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al menos suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia (...) por tanto, el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación*”. (Sentencia de 12 de Septiembre de 1985); siguiendo con lo dicho se cambia la postura y se indica que frente a los cirujanos plásticos se maneja un sistema de responsabilidad diferente ya que en “... *la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, puede darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano, así las cosas deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable*⁷⁵.” (Sentencia de 26 de Noviembre de 1986)

⁷⁵ “*Cuando en el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada. Pero si el resultado no se ha asegurado*

Ya en el año de 1992 el Consejo de Estado considero que la medicina envolvía obligaciones de medio, mas no de resultado y condena a una falla del servicio médico, *“La falla del servicio médico no implica una obligación de, resultado, sino de medio. En el sub - lite esa obligación de medio fue incumplida en forma flagrante, porque todo da a entender que el servicio de maternidad del hospital no funcionó de acuerdo con las exigencias de la ciencia médica y que otra hubiera sido la suerte de la paciente si se hubieran puesto a su servicio los medios adecuados y oportunos que su estado (embarazo) requería y que sus condiciones morfológicas mostraban. No es disculpa la gran cantidad de casos que allí se atienden precisamente porque su especialidad impone mejores técnicas y una infraestructura de servicio más completa.”* (Sentencia de 14 de Febrero de 1992)

Siguiendo con el Consejo de Estado en 1995 se reconoció lo que la doctrina establecía frente a las obligaciones de medio en la práctica médica *“Refiriéndose al cumplimiento de la obligación del médico, la doctrina señala que dicha prueba consiste en “demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámeselos medios, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso etc. Véase como todos estos actos son precisos y determinados previstos por el arte médico según el caso. Sucede que el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final) pero sí se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en qué consiste un tratamiento médico (con miras a obtener el resultado deseado, que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación)”. (Felipe Vallejo -La responsabilidad civil médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 300-301 mayo-noviembre de 1993, página 33.)”* (Sentencia de 3 de Febrero de 1995) y siguiendo con ello considero el Consejo que la responsabilidad médica se desvirtuaba probando diligencia, *“La demostración de diligencia que incumbe en casos como el que se deja analizado a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad que en principio demuestra el demandante al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio prestado por ella. A la actora le incumbe, según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio*

expresamente, cuando no se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o ausencia de esta” (Sentencia de 26 de Noviembre de 1986)

médico prestado por la demandada; y probado este supuesto la carga de desvirtuarlo le corresponde a ésta. Y, la prueba de diligencia para destruir dicha presunción, no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada, en las mejores condiciones por el servicio.” (Ibíd.)

En 1996 se dio una tutela en la que se determinó que no se atenta contra el derecho fundamental a la vida cuando se pide el consentimiento para llevar a cabo una actividad médica y que la obligación es de medio y no de resultado, *“La comunicación de que la obligación médica es de medio y no de resultado, es jurídicamente evidente, luego no hay lugar a deducir que se atenta contra el derecho a la vida de la paciente al hacerse saber cuál es la responsabilidad médica. (...) El contrasentido de presentarle a la paciente un formulario de “consentimiento de terceros” para intervención quirúrgica a paciente institucional no viola derechos constitucionales fundamentales y es casi irrelevante; esto no puede servir de soporte al señalamiento de un atentado al derecho a la vida, al trabajo, a la salud o a la seguridad social. La operación se necesita pero su carácter de urgente se pone en entredicho precisamente por el hecho de que la misma paciente y su esposo preferenciaron la discusión a la pronta solución médica.”* (Sentencia T-313 de 1996)

El 7 de Octubre de 1999 el Consejo de Estado volvió a considerar que la obligación médica seguía siendo de medios *“Se sostiene que el ejercicio de las denominadas profesiones liberales comporta únicamente la asunción por el deudor de obligaciones de medio o de mera actividad, queriéndose significar con ello que el médico o, más genéricamente los profesionales de la salud sólo están obligados a observar una conducta solícita y diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación, sin que el resultado - mejoría del paciente - haga parte del alcance del débito prestacional. Sin embargo, analizada integralmente la totalidad de la conducta médica, esto es, involucradas todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación jurídica compleja.”* (Sentencia de 7 de Octubre de 1999)

Ya en el 2000 el Consejo de Estado estableció que la práctica médica era una relación compleja y que su obligación primariamente era de medios, ya a la hora de hacer reclamos hay que mirar los deberes que se incumplieron *“... al analizar integralmente la conducta médica o mejor todas las fases de que hacen parte del programa prestacional, se evidencia que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación jurídica compleja. (...) Sostiene entonces el Consejo de Estado que antes que aceptar que al facultativo médico únicamente le competen obligaciones de mera actividad o de medios, resulta más ajustado a la realidad, hacer el análisis integral de la totalidad del contenido de la prestación médica. Por eso debe averiguarse cual o cual de los deberes han sido inobservados y de qué forma y cual el alcance de cada uno de ellos, para poder juzgar la conducta del médico frente a cada caso concreto, y así poder determinar cuál es su incidencia causal de los incumplimientos en el desencadenamiento del evento dañoso. (...) Del fallo anteriormente reseñado, puede entresverse una postura que busca alejar la concepción dominante respecto a que las obligaciones de los profesionales de la salud, son típicas obligaciones de medio, invitando al juzgador a que realice un estudio concienzudo sobre cada una de las partes del acto médico objeto de estudio, con el fin de establecer la naturaleza del débito prestacional de cada una de las fases de atención, relativizando de esta manera la idea existente de la naturaleza de la obligación médica.”* (Doncell 7)

En el 2001 viene una sentencia que entra a marcar precedente porque reconoce que lo realmente importante no es la clasificación entre obligaciones de medio o resultado, sino que el contrato de prestación de servicios médicos; esta es una sentencia que trata diferentes temas que se involucran en la responsabilidad civil médica. *“Aunque la Corte en otras ocasiones , ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para distribuir la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones “de moyens” y de “résultat”, atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma. De lo cual se puede concluir que lo fundamental de las obligaciones de medios y de resultado, para el esclarecimiento de la responsabilidad del profesional de la salud, es el contenido del contrato de prestación de servicios médicos, porque este contrato en concreto es el que va a determinar los alcances de los deberes jurídicos asumidos por el facultativo, y el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran la responsabilidad profesional, sobre todo lo referente a la culpa. Tema este último que debe ser apreciado bajo la óptica del carácter socializador, moralizador y dinámico, mediante el cual, se distribuye la carga de la prueba entre las partes para demandar de cada una los hechos que está en posibilidad de demostrar y constituyen sustento de sus alegaciones”.* (Sentencia de 30 de Enero de 2001)

La Corte Suprema de Justicia siguió con su análisis y en el 2002 volvió a establecer que la obligación de los médicos es de medios y a la vez hablo particularmente de la cirugía plástica, *“Si, por regla de principio, la obligación de los médicos, tanto en el campo contractual como en el extracontractual, consiste en aplicar a quienes los consultan o a quienes en forma ajena a su voluntad se ven sometidos a su actuar profesional, todos los medios que la ciencia contempla para que superen los problemas que afectan su salud, o para minimizar los efectos que tales problemas les producen, o, en el caso de la cirugía plástica, para corregir total o parcialmente las malformaciones que padezcan o los daños físicos que les sobrevengan, o para cambiar su apariencia externa, todo dentro del concepto del mejoramiento de sus condiciones de vida...”* (Sentencia de 27 de Septiembre de 2002)

Volviendo al Consejo de Estado en el 2005 se cuestiono la teoría de las obligaciones de medio y de resultado, por lo que se hace mención del postulado de la falla del servicio presunta, en donde igual la única forma de exoneración de responsabilidad es con la prueba de la diligencia, igual que en las obligaciones de medio. *“El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta. (...) En efecto, el planteamiento ha llevado a*

aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.” (Sentencia de 5 de Mayo de 2005)

En el 2008 se establece una sentencia que reitera la idea que en la práctica médica está inmersa un obligación de medio generalmente, procurando la asistencia al paciente pero no asegurando la curación, “ Sin embargo, no hay para la conducta de los médicos una inmunidad al régimen general de las obligaciones, pues como ha reconocido la jurisprudencia, “el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirlos quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto aquel debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno, pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever” (Sent. Cas. Civ. de 26 de noviembre de 1986).” (Sentencia de 15 de Enero de 2008)

Ya al haber considerado la postura jurisprudencial es necesario entender que esta clasificación es de gran importancia para nuestro trabajo, ya que en el caso de la anestesiología la responsabilidad contractual no opera, por la forma en que se establecen los vínculos contractuales entre el paciente y la institución prestadora de servicios de salud, por lo que se habla más de riesgos, obligaciones de seguridad, trabajo en equipo médico, pero manteniendo la idea general de los criterios de clasificación que se mencionó anteriormente, para así marcar el régimen de responsabilidad siendo éste de obligaciones de medio o de resultado.

G. Especialidades Reglamentadas

En el año de 1962 se promulgo la Ley 14 que regulaba el ejercicio de la medicina y de la cirugía, por lo que definía esta profesión⁷⁶ y se encargaba de restringir su ejercicio⁷⁷, además de establecer las situaciones que daban lugar a la penalización del ejercicio médico⁷⁸.

⁷⁶ ARTICULO 1º DE LA LEY 14 DE 1962. *Para todos los efectos legales, se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.*

⁷⁷ ARTICULO 2o. *A partir de la vigencia de la presente Ley sólo podrán ejercer la medicina y cirugía:*

a). *Quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por alguna de las Facultades o Escuelas Universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país;* b). *Los colombianos o extranjeros que adquieran o hayan adquirido título de médico y cirujano en Facultades o Escuelas Universitarias de países con los cuales Colombia tenga celebrados Tratados o Convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, en los términos de los respectivos Tratados o Convenios;* c). *Los colombianos graduados en el Exterior, con título de una Facultad o Escuela Universitaria de reconocida competencia, en concepto de la Asociación colombiana de Facultades de Medicina. Cuando esta entidad conceptúe desfavorablemente respecto de la competencia de la Facultad o Escuela Universitaria otorgante del título, el interesado deberá aprobar un examen de idoneidad reglamentado por el Gobierno.* d). *Los extranjeros graduados en países con los cuales Colombia no tenga celebrados Tratados sobre equivalencia de títulos universitarios, que posean título de médico y cirujano adquirido en Universidades de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, y que hayan obtenido licencia del Gobierno mediante la superación de un examen de idoneidad en una de las Facultades de Medicina del país, de acuerdo con reglamentación que dicte el mismo gobierno. Si el Gobierno estima que el número de médicos que ejercen en el país es suficiente para sus necesidades, deberá abstenerse de considerar nuevas solicitudes de los profesionales extranjeros, contemplados en este literal.*

PARAGRAFO 1o. *Los médicos que hayan adquirido legalmente licencia o permiso, podrán continuar ejerciendo la medicina en las mismas condiciones establecidas en la respectiva licencia o permiso.*

PARAGRAFO 2o. *Los homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título, licencia o permiso para ejercer la medicina por el sistema homeopático, podrán seguir practicándola en las mismas condiciones establecidas en el respectivo título, licencia o permiso. Las solicitudes de licencia o permiso para ejercer la homeopatía, presentadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley y que se encuentran pendientes, se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha de presentación de tales solicitudes.*

PARAGRAFO 3o. *En caso de visita científica de médicos y cirujanos extranjeros de reconocida fama que vengan al país en misiones científicas, administrativas o docentes, podrá el Ministerio de Salud Pública, a petición motivada de una Universidad con facultad o Escuela de Medicina que funcione legalmente dentro del territorio nacional, otorgarles un permiso transitorio para ejercer la profesión.*

⁷⁸ ARTICULO 13. *Ejercen ilegalmente la medicina y cirugía las personas que sin haber llenado los requisitos de la presente Ley, practiquen cualquier acto reservado al ejercicio de tal profesión. También serán consideradas como infractoras de las normas que las regulan, las siguientes:* a). *Las que por medio de las llamadas ciencias ocultas se dediquen a tratar enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden;* b). *El que con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o*

Posteriormente llego la Ley 23 de 1981 - que ya hemos analizado en diferentes momentos de este trabajo -, que se dedico a reglamentar la ética médica y a establecer los principios que regirían en esta profesión.

A pesar de lo anterior es claro que dentro de las diferentes especialidades que hay en la medicina son pocas las que tienen una regulación propia, ya que muchas veces su protección legal es dada por los artículos del Código Civil que tocan el tema de la responsabilidad civil, el problema es que por más que todas ellas provengan de un mismo tronco los aspectos al interior de la rama pueden variar de manera significativa; por ejemplo los riesgos, las obligaciones, los deberes, entre otros, consiguen particularizarse.

De igual manera es claro que la Ley 14 de 1962 regula es la medicina de manera general y no se dedica a ninguna especialidad en concreto, además que los avances de la medicina y los de las distintas especialidades hacen necesario que se regulen ciertas ramas que por sus condiciones individuales debían separarse de las generalidades y establecer su propio régimen; este es el caso de la anestesiología y la radiología que actualmente tienen su propia regulación legal. El problema es que las leyes que entraron a realizar esta labor se quedaron cortas, porque solo trataron el tema de los sujetos calificados que realizan esas profesiones médicas mas no se ocuparon del ejercicio como tal de cada una de las especialidades, ni analizaron la *lex artis ad hoc* de cada una.

Otro tema de gran importancia respecto a las mencionadas especialidades es que estas dos ramas de la medicina se categorizan como actividades de alto riesgo, por lo cual su régimen de responsabilidad puede llegar a diferenciarse y a en nuestra opinión, no caben solamente dentro de los parámetros generales de los artículos del Código Civil que regulan la responsabilidad; merecen que el juez realice un análisis personal, dependiendo del caso.

El Decreto 1281 de 1994 fue el primero en enunciar cuales eran las profesiones que se consideraban de alto riesgo, lo que llevaba a que tuvieran un régimen diferente en varios temas, tales como los labores, pensionales, entre otros; el anterior decreto fue derogado por el Decreto 2090 de 2003 que en su artículo 1 y 2 mencionan cuales son las actividades riesgosas. *“ARTICULO 1°. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.”*

adivinations, o por cualquier otro medio semejante abuse de la credulidad ajena. c). Los médicos y cirujanos, o las personas legalmente autorizadas para ejercer dicha profesión que encubran a quienes la ejerzan ilegalmente o se asocien con ellos. d). Las que trabajen en ramos afines o auxiliares de la medicina, como farmacéuticos, enfermeros, parteros, fisioterapeutas, etc., que extralimitando el campo de sus actividades practiquen el ejercicio de aquella profesión. PARAGRAFO 1o. Las fórmulas firmadas por el responsable, así como sus avisos de propaganda, sus placas murales y de anuncio profesional y sus locales o establecimientos de trabajo, constituyen plena prueba del ejercicio ilegal de la medicina. PARAGRAFO 2o. Se exceptuarán en lo que hace relación a interpretación de los sueños, los psicoanalistas diplomados.

La radiología es riesgosa por las radiaciones a las que están expuestos, “*ARTICULO 2°. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, las siguientes: (...) 3.Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas...*”. Ya en cuanto a la anestesiología esta se considera riesgosa por los procedimientos que maneja y los peligros que se pueden dar con los pacientes; la Ley 6 de 1991 lo reconoce claramente, “*PARAGRAFO Artículo 1.Por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial.*”

Antes de mirar cómo se ordeno el régimen de cada una de las especialidades mencionadas, hay que ver el fundamento constitucional que da lugar a que se reglamenten las profesiones; el artículo 26 CN⁷⁹, garantiza la libertad de escoger profesiones y oficiosos, pero de igual manera establece que “*La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones.*”; estos límites existen para proteger el interés general de la comunidad, “*... toda vez que el ejercicio de una profesión u oficio debe permitir el mayor ámbito de libertad posible, para que en su interior se pueda dar un desarrollo espontáneo de la personalidad, en congruencia con el principio de la dignidad humana. La exigencia de títulos de idoneidad (...) deben estar directamente encaminados a certificar la cualificación del sujeto para ejercer la tarea. Así, las normas que regulen tal cualificación no pueden establecer exigencias que superen los requisitos que en la práctica se requieren para proteger los derecho de otras personas.*” (Sentencia C. 606 de 1992)

1. Radiología

El Proyecto de Ley 82 de 1999 “*...tiene el propósito de precaver los riesgos sociales inherentes a la aplicación de conocimiento y técnicas propias de la radiología, asegurando que quien se desempeñe en el área sea un profesional capacitado e idóneo; que la aplicación de métodos diagnósticos radiológicos sea controlada; que los médicos especializados en radiología e imágenes diagnosticas al servicio de entidades pertenecientes al sistema de seguridad social*

⁷⁹ “*El artículo 26 de la Constitución Política establece la posibilidad y la necesidad de regular las profesiones, en el entendimiento de que hay bienes especialmente valiosos para la sociedad, como la salud y la justicia, sin perjuicio de otros de señalada importancia, cuya protección pasa por el meridiano de exigir títulos habilitantes expedidos conforme a la normatividad, y siguiendo rigurosos controles académicos necesarios para acreditar aquellos saberes especializados en un área sensible del conocimiento humano.*” (Sentencia de 15 de Enero de 2008)

integral tengan los derechos y responsabilidades acordes con su función y, finalmente, que el Estado cuente con instancias calificadas de asesoría y control sobre la materia.(...), las demás especialidades de la medicina podrán utilizar los métodos de imágenes diagnósticas indispensables para su ejercicio, sin que esta iniciativa de ley se convierta en un obstáculo...”

(Proyecto de Ley 82 de 1999)

Se entiende que esta profesión al estar en contacto con las radiaciones ionizantes puede generar efectos nocivos y riesgosos, por lo que al reglamentar esta especialidad se le podrían dar tratamientos benéficos a los que se dedican a esto, ya que “... *en su afán de prestar un servicio social necesario para la salud de las personas, se ven expuestos de manera permanente a los efectos de la radiación.*” (Ibíd.)

El mencionado proyecto dio lugar a la Ley 657 de 2001 que define que es la radiología⁸⁰ y menciona que esta profesión “... *participa con las demás especialidades de la medicina en el manejo integral del paciente y por ende pueden prescribir, realizar tratamientos, expedir certificados y conceptos sobre el área de su especialidad e intervenir como auxiliares de la justicia.*” (Artículo 3 Ley 657 de 2001)

Además la ley busca especificar que solo los médicos que se especialicen en radiología podrán ejercer esta actividad⁸¹, por lo que se tiene que obtener un título de especialista de acuerdo a los

⁸⁰ ARTÍCULO 1°. DEFINICIÓN. *La radiología e imágenes diagnósticas es una especialidad de la medicina basada en la obtención de imágenes de utilidad médica para efectos diagnósticos y terapéuticos, mediante la utilización de ondas del espectro electromagnético y de otras fuentes de energía.*

⁸¹ ARTÍCULO 4°. EJERCICIO. *El médico especializado en radiología e imágenes diagnósticas es el autorizado para ejercer esta especialidad. Parágrafo. También podrán realizar las imágenes diagnósticas aquellos médicos especialistas quienes en su pensum o formación académica hayan adquirido los conocimientos del manejo e interpretación del espectro electromagnético, del ultrasonido especialmente, así como de las radiaciones ionizantes para establecer el diagnóstico y/o el tratamiento de las enfermedades inherentes a sus especialidades. Para lo cual deberán acreditar el respectivo certificado.*

requisitos y normatividades que exige la materia; asimismo se enumeran los derechos que tendrá el radiólogo y las modalidades en el ejercicio de su profesión⁸².

Crea un organismo consultivo y asesor “ARTÍCULO 14. ORGANISMO CONSULTIVO. *A partir de la vigencia de la presente ley, y de conformidad con el inciso final del artículo 26 de la Constitución, la Asociación Colombiana de Radiología, y las que en el futuro se establezcan con iguales propósitos gremiales, se constituirá como un organismo, asesor, consultivo y de control del ejercicio de la práctica de la especialidad.*”; y establece un periodo de 4 años para que aquellos que realizan esta actividad sin ningún tipo de titulación se acrediten como radiólogos.⁸³

En concordancia con lo dicho la ley describe el régimen de responsabilidad que será el de los profesionales de la salud⁸⁴, es decir las normas generales de las cuales ya habíamos hablado anteriormente, por lo que se evidencia que la ley no busca reglamentar la responsabilidad de los radiólogos de manera particular, sino que simplemente los remite a las normas y leyes que regulan la medicina en general.

En conclusión queda un vacío jurídico porque se demuestra que la Ley 657 de 2001, no va más allá de decretar quiénes son y cómo deben acreditar su profesión los radiólogos, a la vez que mencionar sus derechos; pero no exterioriza su ejercicio en sí, ya que su actividad al ser riesgosa puede conllevar diferentes situaciones de responsabilidad que sería necesario reglamentar, pero que no se solucionaran con las normas ya existentes de responsabilidad civil de los profesionales de la salud.

La anterior situación y crítica también se ve en la anestesiología que será nuestro tema ya en concreto de estudio, por lo que el tema que acabamos de abarcar y las discusiones frente a la radiología solo eran para describir cuáles son las especialidades de la medicina que están reglamentadas y se deja el espacio abierto para debates y análisis.

2. Anestesiología

⁸² ARTÍCULO 9°. MODALIDAD DE EJERCICIO. *El médico especializado en radiología e imágenes diagnósticas, podrá ejercer su profesión de manera individual, colectiva, como servidor público o empleado particular, como asistente, docente universitario, investigador o administrador de centros médicos o similares.*

⁸³ ARTÍCULO 12. PERÍODO DE AMORTIGUAMIENTO. *Los médicos que ejercen en la especialización de radiología e imágenes diagnósticas, pero que no han acreditado sus correspondientes estudios o títulos académicos, deberán obtener su acreditación en un lapso no superior de cuatro (4) años, a partir de la sanción de la presente ley.*

⁸⁴ ARTÍCULO 17. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. *En materia de responsabilidad profesional, los médicos a que hace referencia la presente ley, estarán sometidos a los principios generales de responsabilidad a los profesionales de la salud. Y la prescripción de sus conductas éticas, legales, disciplinarias, fiscal o administrativa, será la que rige para todos los profesionales de la salud y las normas generales.*

ARTÍCULO 18. NORMAS COMPLEMENTARIAS. *Lo no previsto en la presente ley, se regirá por las normas generales para el ejercicio de las profesiones de la salud.*

Antes de la Ley 6 de 1991 al no existir una calificación, ni requisitos mínimos para ejercer la anestesiología, se presentaba el problema que cualquier médico con estudios de anestesia podía aplicarla sin importar si contaba con los suficientes conocimientos o experiencia, lo cual generaba una gran cantidad de irregularidades y conflictos aun mayores que los que se presentan hoy en día.

Gracias a la Ley 6 de 1991 se regularizó la profesión de anesthesiólogo y hoy en día quien no sea médico profesional especializado en anestesiología no puede ejercer esta actividad. “ARTICULO

1o. La anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad.”⁸⁵

Es por ello que solo los que puedan acreditarse como médicos anesthesiólogos⁸⁶ podrán ejercer la actividad⁸⁷ y tendrán a su cargo las siguientes funciones:

⁸⁵ Ley 6 de 1991 (enero 16) Diario Oficial No. 39.631, de enero de 1991 Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones.

⁸⁶ "Es claro que la exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce". (Sentencia C-377 de 1994)

⁸⁷ ARTICULO 4º LEY 6 DE 1991. *Únicamente podrá ejercer como profesional de la anestesiología en el territorio nacional, aquel médico que haya realizado su entrenamiento en postgrado en anestesiología en las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno colombiano.*

“ARTICULO 7o. De acuerdo con la naturaleza de la anestesiología enunciada en el artículo 1o., el médico especializado en anestesiología y reanimación ejercerá las siguientes funciones:

a) Asistenciales: Valorando la situación de salud, elaborando el diagnóstico de la anestesiología; planeando, ejecutando y evaluando la atención integral del individuo, la familia y la comunidad;

b) Docentes: Preparando y capacitando el recurso humano a través de la enseñanza elaborada en los programas universitarios y de educación médica continuada;

c) Administrativos: En el manejo de las políticas de salud orientadas al desarrollo de la anestesiología. En la dirección de servicios y programas de diferente complejidad en el área comunitaria, hospitalaria, ambulatoria, docente e investigativa;

d) Investigativa: Realizando programas y estudios que contribuyan al avance de la tecnología y de la práctica de la anestesiología, de su proyección en otros campos de la salud y en el desarrollo de la especialidad misma.” (Ley 6 de 1991)

Los anestesiólogos podrán ejercer su profesión ya sea bajo un contrato de trabajo con una entidad o de manera independiente, entendiéndose esta última sin una relación laboral⁸⁸; así mismo

⁸⁸ ARTICULO 9°. *El ejercicio profesional de la anestesiología y reanimación se cumplirá en todas las circunstancias y lugares en donde el individuo, la familia y los grupos lo requieran en cualesquiera de las siguientes formas: a) Ejercicio institucionalizado: El médico especializado en anestesiología y reanimación, cumplirá con las funciones enunciadas en el artículo 7o., vinculado a instituciones del sector de salud y de asistencia social hospitalaria y comunitaria, de carácter oficial, seguridad social y*

la ley da un término de cinco años para que los que ejercían la actividad sin el título de anestesiólogos lo obtengan y se acrediten.⁸⁹ La mencionada ley crea un Comité⁹⁰ que se encargara de asesorar y controlar la práctica anestésica y tendrá como funciones las de:

PARAGRAFO 2o. *Las funciones del Comité serán:*

a) Ser de consulta obligatoria por parte de cualquier funcionario o entidad pública o privada, siempre que se vayan a dictar disposiciones o se vayan a tomar determinaciones en torno al ejercicio de la anestesiología en el país;

privada y en servicios de salud dependientes de otros sectores; b) Ejercicio independiente: El médico especializado en anestesiología y reanimación cumplirá con autonomía las funciones enunciadas en el artículo 7o., vinculados sin relación laboral a instituciones del sector de salud y de asistencia social hospitalaria y comunitaria, de carácter oficial, seguridad social, privada y en servicios de salud dependientes de otros sectores. En relación con los honorarios profesionales producto del ejercicio independiente de la especialidad, las entidades se someterán a las tarifas reglamentadas por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, Scare, y el Gobierno Nacional.

⁸⁹ ARTICULO 12. *Los médicos que no acrediten la especialización en anestesiología pero que ejerzan como anestesiólogos, deberán obtener su título de especialistas, en un lapso no superior a cinco años a partir de la sanción de esta Ley, para seguir desempeñándose como tales.*

⁹⁰ ARTICULO 13. *Créase el Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología en Colombia. Este organismo tendrá carácter asesor, consultivo y de control del ejercicio de la práctica de la anestesiología en los diferentes niveles de personal en los aspectos técnicos, normativos y legales en la República de Colombia. El Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología, estará integrado por...*

b) Ser de consulta por parte de cualquier funcionario o entidad pública o privada, siempre que se trate de crear, ampliar o modificar las plantas de personal de entidades hospitalarias en el área de anestesiología;

c) Velar porque todo aquel que trabaje en la especialidad cumpla con los requisitos mínimos enumerados en la presente ley.

De igual forma se constituirán Comités seccionales de control⁹¹ y finalmente en referencia a la Ley 6 de 1991, se estipula el régimen de responsabilidad “ARTICULO 15. *Cuando a juicio del Comité Nacional del ejercicio de la anestesiología y de acuerdo con la presente Ley, si alguien está ejerciendo la especialidad sin estar facultado para ello, el veto del comité es suficiente para que esta persona sea separada del cargo o se le impida el ejercicio ilegal de la especialidad, sin perjuicio de las sanciones (responsabilidad civil o penal) a que este ejercicio ilegal de la profesión dé lugar.*”; que realmente no habla de un régimen sino que indica cuando se da el ejercicio ilegal de la anestesiología y que tipos de responsabilidades puede serle impuestas.

La Ley 6 de 1991 se sometió a dos demandas que llevaron a las sentencias de exequibilidad C-280 de 1995 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo y C-320 de 1995

⁹¹ ARTICULO 14. *Se conformarán comités seccionales para el control del ejercicio de la anestesiología a nivel departamental, intendencial o comisarial. Estos comités funcionarán en los departamentos, intendencias o comisarías en donde exista una filial de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, Scare. En aquellos departamentos, intendencias y comisarías donde no exista una filial de la Scare, el ejercicio de la especialidad estará bajo el control del Comité Nacional. Este comité estará integrado por...*

Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell; estas sentencias trataron diferentes temas que serán expuestos brevemente.

Se empezará por analizar la C.280 de 1995 que en primera medida se pronunció sobre la utilidad que existe al exigir un título de especialidad en anestesiología, de lo cual se concluyó que *"... el título, expedido de conformidad con la propia ley que lo exige, es la prueba, en principio, de la sapiencia de su dueño, o al menos, de que éste cursó unos estudios. Dicho en términos más sencillos: el título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional. (...) En el caso que nos ocupa, la exigencia del título de idoneidad es aún más explicable, y razonable, si se tiene en cuenta lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1o. de la ley 6a. de 1991..."* (Sentencia C. 280 de 1995)

Siguiendo el análisis constitucional se preguntan cuál es la relación entre requerir un título y permitir la inspección y vigilancia, por parte de los organismos creados por la Ley 6, de la anestesiología, de lo que concluyen que *"... el universo de quienes pueden ejercer una profesión, queda limitado a quienes posean el título de idoneidad, a los demás les está vedado tal ejercicio. Y la inspección y vigilancia con relación a ellos se limita, como es obvio, a impedirlo. En consecuencia la inspección y vigilancia se realizan plenamente sobre quienes ejercen la profesión. Recuérdese la expresión de la Constitución: "...inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones..."* (Ibíd.)

Lo quizás más importante de esta sentencia tiene que ver con el condicionamiento⁹² que le puso al artículo 2 literal b) respecto a que *"No existe razón para que solamente los "extranjeros nacionalizados" puedan ejercer tal especialidad. Cualquier extranjero puede hacerlo si tiene un título reconocido en Colombia. La norma viola el artículo 13, porque consagra una discriminación inaceptable, por causa de la nacionalidad. Y, además, el artículo 100, pues no hay motivos de orden público que justifiquen este recorte de los derechos de los extranjeros. Y no existe una razón para que la ley restrinja así el derecho al trabajo del extranjero, y en particular el que éste tiene al ejercicio de la especialidad mencionada."* (Ibíd.)

Ya frente a la Sentencia C. 320 de 1995 sólo hay que decir que *"Mediante la sentencia C-280/95 del 28 de junio de 1995, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, esta Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas acusadas. En razón de la cosa juzgada constitucional que ampara sus decisiones, (...) no hay lugar a un nuevo*

⁹² *"... declarará inexecutable la expresión "nacionalizado" del literal b). Y, por las mismas razones, también se declarará la inexecutable de la expresión "colombiano de nacimiento o nacionalizado" del literal a) del mismo artículo. Esto, porque bien puede un extranjero obtener su grado en medicina y cirugía, y el de la especialidad, en Colombia."* (Sentencia C. 280 de 1995)

pronunciamiento sobre el punto; por lo tanto, en la parte resolutive se ordenará estarse a lo resuelto en la referida sentencia.” (Sentencia C. 320 de 1995)

Luego del fallo de constitucionalidad de la Ley 6 de 1991 se dio el Decreto 97 de 1996 que reglamentaria la aludida ley, por lo que “... *las consideraciones que tuvo en cuenta la Alta Corte para la declaratoria de constitucionalidad de la Ley que reglamenta la práctica de la Anestesiología, fue que las normas que exigen especializaciones, deben interpretarse con un criterio amplio y no con rigor, que conviertan todo lo que con ellas se relacione, así sea tangencial e indirectamente, en un privilegio irracional y excluyente.*” (Decreto 97 de 1996) El indicado decreto incluye la situación que se practique la anestesiología por aquellos médicos no especializados⁹³, la cual esta circunscrita a la urgencia⁹⁴, además de formular la prohibición referente a que el médico que está realizando una intervención no puede aplicar él mismo la anestesia⁹⁵; igualmente se indican las medidas de seguridad que se deben tomar en cuenta en la

⁹³ ARTICULO 3. DE LA PRÁCTICA DE PROCEDIMIENTOS ANESTÉSICOS POR MÉDICOS NO ESPECIALIZADOS. *Los médicos no especializados en Anestesia y Reanimación, solo podrán practicar procedimientos anestésicos en los casos de urgencia, y en aquellos casos no remisibles debido a la condición clínica del paciente o a limitaciones de acceso geográfico, pero siempre que medie la ausencia de un médico especializado en Anestesia y Reanimación. Los médicos que estén cumpliendo con el Servicio Social Obligatorio, solo podrán suministrar anestesia en casos de urgencia. PARAGRAFO. Los médicos no especializados en Anestesiología y Reanimación, y los profesionales de Odontología, podrán practicar procedimientos anestésicos como la anestesia local o regional, en los casos propios de su ejercicio profesional ordinario y habitual que no impliquen riesgo grave para la salud del paciente.*

⁹⁴ “*Es evidente, como se ha explicado, que el médico no especializado que atiende inicialmente una urgencia en anestesiología, no está ejerciendo esta especialidad, en el sentido en que a tal ejercicio se refiere el artículo 2o. al hablar de "llevar el título de médico especializado en anestesiología" y "ejercer funciones como tal". Además, es claro que cuando el médico general y el odontólogo, dentro de su práctica habitual y ordinaria, aplican anestesia cuya finalidad no es lograr altos niveles de insensibilización, no están ejerciendo la especialidad de la anestesiología, y, por lo mismo, no puede entenderse que el artículo 2o. que se analiza les prohíba tal actividad. Con esta interpretación, se declarará exequible esta norma.*” (Sentencia C. 280 de 1995)

⁹⁵ ARTICULO 4. DE LA PROHIBICIÓN DE SUMINISTRAR LA ANESTESIA Y REALIZAR EL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO. *Prohíbese aplicar anestesia y llevar a cabo intervenciones*

práctica anestésica⁹⁶, las cuales hacen referencia a las Normas Mínimas de Seguridad en Anestesia, que serán estudiadas en el siguiente capítulo. Por último este decreto reglamenta la forma en que se realizara la inspección, vigilancia y control del ejercicio anestésico por parte de los comités creados por la Ley 6 de 1991⁹⁷.

Actualmente la anestesiología se considera una profesión de alto riesgo, como ya se había enunciado; estos riesgos se derivan de los procedimientos que tienen que seguir estos profesionales, así como también frente a los peligros que se presentan a la hora de tratar con diversos tipos de pacientes, para lo cual se encuentra la Clasificación ASA⁹⁸ – que será examinada en el próximo capítulo -. *“PARAGRAFO Artículo 1 Ley 6 de 1991. Por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo se considera la*

quirúrgicas por parte del mismo médico en forma simultánea, salvo en los casos de urgencia atendidos en instituciones hospitalarias que dispongan de un solo profesional de la medicina.

⁹⁶ ARTICULO 5. DE LA OBSERVANCIA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA LA PRÁCTICA DE PROCEDIMIENTOS ANESTÉSICOS. *En los casos previstos en los artículos 4o. y 5o. del presente Decreto, deberá cumplirse con las normas que consagran los procedimientos mínimos de seguridad exigidos para la práctica anestésica.*

⁹⁷ ARTICULO 8. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL. *Sin perjuicio de la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, las direcciones seccionales, distritales y municipales de salud, así como el Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología en Colombia creado por la Ley 6 de 1.991 y los comités seccionales, velarán por el estricto cumplimiento de las normas contenidas en el presente Decreto y las previstas en el Sistema Obligatorio de Mejoramiento y Garantía de Calidad de la Atención en salud. Sin perjuicio de las competencias de las autoridades en materia disciplinaria, el Tribunal de Ética Médica aplicará las sanciones de orden personal a que haya lugar por la violación de las normas de ética, previo el debido proceso. La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las sanciones a que haya lugar, cuando se incumplan las obligaciones por parte de las instituciones de salud y de asistencia social de carácter oficial, de seguridad social y privada, a que se refiere el artículo 10 de la Ley 6 de 1991.*

⁹⁸ Pronunciamientos y regulaciones realizadas por ASA (American Society of Anesthesiologist) que se encarga de categorizar a los pacientes según su estado de salud para saber cuál es el procedimiento a seguir y cuáles son los riesgos que se pueden presentar.

anestesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial.”

Ésta especialidad tiene un alto índice de complejidad lo que ha llevado a que exista una gran cantidad de demandas y reclamaciones contra los anestesiólogos de ahí que sean profesionales muy expuestos, por lo que se dio la necesidad de crear su propio gremio que se dedicara exclusivamente a este tipo de conflictos. (Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación SCARE⁹⁹).

A continuación se estudiará el estado actual de la responsabilidad civil médica en anestesiología, además de identificar las particularidades de su ejercicio y establecer a nuestro juicio, cuáles son los parámetros que se deben tomar en cuenta en el momento de resolver un caso de responsabilidad civil médica en anestesiología; en síntesis se buscará fijar una posición respecto de la responsabilidad médica en anestesiología en nuestro país.

IV. Responsabilidad Civil Médica en Anestesiología

A. Historia de la anestesiología

Se empezará con una breve recopilación del desarrollo de la anestesia desde sus inicios hasta lograr el actual estado de esta profesión médica, para luego hacer una descripción de la anestesiología en Colombia.

1. Desarrollo de la anestesiología de manera global

⁹⁹ “*Empresa de servicios que provee a los trabajadores y empresas del sector de la salud soluciones en asesorías y apoderamientos en materia jurídica y tributaria*”, ≤ www.scare.org.co ≥

“El dolor y el sufrimiento siempre han acompañado al hombre desde su aparición en la tierra y ha sido su constante desafío; es así como a través del tiempo, del espacio y de las diferentes civilizaciones, el hombre ha tratado de vencerlos...” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 4)

La anestesiología es *“la práctica de la Medicina dedicada al alivio del dolor y al cuidado completo e integral del paciente quirúrgico, antes durante y después de la cirugía”* (Crespo), pero antes de ser reconocida de la manera citada y de perfeccionar su técnica de la manera como hoy en día se desarrolla esta profesión, se utilizaban diferentes métodos para lograr anestesia en el paciente y realizar las intervenciones necesarias.

Esta práctica médica tiene sus inicios desde antes de Cristo con los asirios¹⁰⁰, egipcios¹⁰¹ y con las poblaciones indígenas¹⁰², pasando luego por las civilizaciones constituidas después de

¹⁰⁰ *“Los asirios conocían un método eficaz para causar "anestesia", aunque no exento de peligro, comprimiendo la carótida a nivel del cuello con la consiguiente isquemia cerebral y la aparición de un estado comatoso lo cual era aprovechado para la cirugía.”* (Higgins)

¹⁰¹ *“A los niños del antiguo del antiguo Egipto se les administraba adormidera por las noches para que dejaran descansar a sus padres.”* (Ibíd.)

¹⁰² *“Los antiguos indios peruanos que masticaban coca con alcalinos, conocían el adormecimiento en lengua y labios, que en quéchua significa "kunka sukunka" (faringe adormecida).”* (Ibíd.)

Cristo¹⁰³, quienes acudían a las plantas (por ejemplo, marihuana) para hacer diferentes tipos de brebajes y así lograr anestesia en el paciente; aliviarle el dolor.¹⁰⁴

El problema es que estas infusiones no eran seguras, muchas veces el efecto desaparecía, por lo que tuvieron que pasar muchos años para que se lograra un método un poco más efectivo, *“Fue necesario que transcurrieran muchos años y que se hicieran numerosos ensayos y experimentos para encontrar las sustancias que produjeran la insensibilidad del dolor. Varios Hombres contribuyeron al descubrimiento de estas sustancias; por ejemplo en 1540 Valerius Cordus, un aprendiz de farmacia, perdió el conocimiento al hacer un experimento en el que inhaló los vapores de una mezcla de aceite de vitriolo dulce con espíritu destilado. Siglos más tarde los químicos encontraron que el aceite de vitriolo dulce es el ácido sulfúrico y que el espíritu destilado corresponde al alcohol, que al mezclarse forman el éter.”* (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 4)

Luego de esto se vino la etapa en que los médicos buscaban crear artefactos que les permitieran introducir las sustancias químicas y de esa manera mantener el efecto anestésico durante toda la

¹⁰³ *“Uso de la "esponja soporífera". Paracelso, un genio del Renacimiento (s XVI) y Raimundo Lullio mezclaban ácido sulfúrico con alcohol caliente (éter sulfúrico), descubriendo que producía un profundo sueño. Paracelso, a pesar de su brillante deducción no fue capaz de extraer y analizar las últimas consecuencias de este hallazgo, perdiéndose sus conclusiones en los archivos de Nüremberg, evitando la aparición de la anestesia moderna en 300 años.”* (Ibid.)

¹⁰⁴ *“... Apuleyo, en el siglo II de la era cristiana escribió sobre su uso así: si es preciso mutilar, quemar o aserrar un miembro de alguien, dadle a beber media onza de mandrágora con vino y dejadle dormir hasta que el miembro pueda cortarse sin ningún dolor o sensación.”* (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 4)

intervención, en la medida en que se lo administraban constantemente al paciente¹⁰⁵, “... Morton construyó un pequeño y rustico aparato de anestesia, que consistía en una esfera de vidrio de unos quince centímetros de diámetro con una abertura superior para llenar el frasco con éter y otra lateral, en la que se introducía una boquilla de madera con un grifo; la bola de vidrio se llenaba con trocitos de fieltro o de esponja los cuales debían absorber el éter; el paciente se introducía la boquilla de madera en la boca y una vez abierto el grifo, inhalaba el aire impregnado de éter.” (Ibíd. 5)

“Con el descubrimiento de la anestesia, nombre propuesto en 1847 por el doctor Oliver Wendel Holmes, la medicina y especialmente la cirugía pudo avanzar notablemente...” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 7)

Hay que reconocer que la anestesia ha tenido que superar diferentes barreras, no solo de riesgos, sino que también la de aceptación por parte del público, esto quedó atrás en 1853 cuando

¹⁰⁵ “The nineteenth century: The rapid progress of different sciences and technological expansion provided medicine with unprecedented information concerning the human body. (...) Doctor’s diagnoses were based on rational scientific grounds rather than moral inclinations. René Laennec (1781-1826) discovered the stethoscope and Morton and Long, anaesthesia.” (Cronjé-Retief 39)

Jhon Snow quien estudio los efectos de la anestesia¹⁰⁶ y además “... invento el método del cloroformo a la reina, cuando anestesió a la reina Victoria durante el parto de su octavo hijo. Desde esa época la anestesia fue moralmente aceptada, pues hasta entonces era mirada con recelo.” (Opcit.)

Otro de los grandes inconvenientes que se daban frente a esta práctica médica era el hecho que quienes suministraban la anestesia no estaban lo suficientemente capacitados para ello, ya que no era un especialidad organizada¹⁰⁷, “Desde el descubrimiento de la anestesia hasta el tercer decenio del siglo XX transcurrió lo que se ha llamado etapa de indecisión en la cual los pocos médicos que la administraban no tenían preparación adecuada ni estaban organizados como gremio. Estas condiciones eran las menos propicias para el surgimiento de una nueva

¹⁰⁶ “... invento un inhalador de éter con el cual administro numerosas anestесias, esta experiencia le sirvió para escribir en 1847 el libro *On the inhalation of éter in surgical operations* en el que describió los cambios fisiológicos que produce la anestesia y expuso, además, los cinco estadios de la anestesia.” (Opcit. 5)

¹⁰⁷ “... no se tenía una mayor organización; la anestesia era la tierra de todos y de nadie a la vez; las personas más arriesgadas o de sangre fría eran las encargadas de su administración; cualquier mano disponible era adecuada, los pocos médicos que lo hacían eran marginados o aparecidos cuya función consistía muchas veces en llevar al paciente al cirujano para que este lo interviniera’, administrando el médico la anestesia como una forma ética de partir honrosamente los honorarios.” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 7)

especialidad. Sin embargo, varios médicos que intuían la importancia en la medicina se reunieron con el fin de investigar, utilizar técnicas avanzadas, disminuir la morbilidad y mortalidad en la fase perioperatoria, prolongar el cuidado del paciente más allá de las salas de operación, calmar el dolor y obtener el puesto correspondiente en los gremios médicos.” (Ibíd.)

Luego de la segunda guerra mundial¹⁰⁸ se dieron los primeros pasos de organización de los anestesiólogos, quienes utilizando varias estrategias lograron consolidarse y ser los profesionales que son hoy en día; estas tácticas son:

i. Educar al público e Institucionalizar la profesión

“... para ello los anestesiólogos utilizan la prensa, la radio, la televisión y sobre todo el contacto directo con los pacientes; se busca así que la comunidad conozca qué es la anestesia, cuáles son sus técnicas y que comprenda que solo debe ser realizada por médicos con la debida capacitación.” (Ibíd. 6)

Hoy en día se puede reconocer las diferentes facultades de medicina que tiene como especialidad a la anestesiología, además podemos utilizar como marco de referencia colombiano la ya citada Ley 6 de 1991, en donde se establece que la anestesiología es una especialidad riesgosa que debe ser desarrollada por médicos capacitados en ello; *“... en cada facultad de medicina y hospital universitario se empezó a impartir docencia en anestesia, reanimación y alivio del dolor.” (Ibíd.)*

¹⁰⁸ *“The late 1800s saw scientific breakthroughs introducing antisepsis, anaesthesia, X-ray diagnosis, modern medicine and sophisticated surgical techniques.” (Cronjé-Retief 41)*

“Esta imposición legal acerca de que la anestesia sea realizada por un medico puede resultarnos superflua y considerarse sobreentendida en los tiempos que corren, pero tal aclaración obedece al hecho de que si bien en la actualidad y desde hace varios años damos por sentado que la practica anestésica no podría estar a cargo de otra persona que no fuese un profesional médico, anteriormente no era corriente que así fuera.” (Pérez de Leal 166)

ii. Definir las funciones del anestesiólogo en la sala de cirugía

“... que es una de las estrategias más difíciles puesto que requiere prudencia, conocimientos y técnicas. Para lograr este objetivo los anestesiólogos se valen de procesos de monitorización, el cual cambia la posición del anestesiólogo en la sala de cirugía y hace que se le considere como un profesional competente y necesario en la medicina actual.” (Opcit.)

Esto se relaciona mucho con métodos que han surgido a medida que evoluciona esta práctica médica, además tiene mucho que ver con las obligaciones de seguridad que surgen en un cirugía frente a las maquinas utilizadas por los médicos y concerniente con nuestro trabajo la maquina utilizada por el anestesiólogo para producir la anestesia y así poder intervenir al paciente.

Más adelante se desarrollará a fondo el tema de las obligaciones de seguridad respecto a la maquina anestésica.

iii. Organizar la asociación de anesthesiólogos

“... lo que se hace a nivel regional, nacional y mundial. En Colombia existe la Sociedad Colombiana de Anestesia y Reanimación de la cual hacen parte las sociedades regionales, existe asimismo la Asociación Mundial de Anestesiología. Cada una de ellas realiza periódicamente cursos, simposios, congresos y otros eventos.” (Ibíd.)

“El 9 de septiembre de 1955 se fundó la Federación Mundial de Sociedades de Anestesiología (WFSA), durante el primer Congreso Mundial en la Haya. Colombia fue miembro fundador...”
(Herrera 15)

“En el Congreso Latinoamericano que se celebró en Lima, meses después (1958) se creó la Confederación Latinoamericana de Anestesiología, CLASA...” (Ibíd. 16)

iv. Expandir las funciones

“... ello se logra mediante el aumento de los conocimientos y las técnicas de la anestesiología en temas como: administración de la anestesia, reanimación, monitorización, cuidados intensivos, (...) alivio del dolor, (...) socorrismo, planeación de las acciones para enfrentar los desastres, transporte de heridos, (...) tecnología educativa, medicina ocupacional y asesoría a otras especialidades medicas.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 7)

v. **Trabajar en equipo**

“... esta estrategia se apoya en la noción de equipo que permite el contacto interdisciplinario, con el fin de proporcionar una atención integral según las condiciones del paciente.” (Ibíd.)

Este tema será desarrollado bajo un estricto análisis en razón a su importancia, porque de esta situación se reconoce el régimen de responsabilidad civil de cada médico y en relación a nuestro trabajo, el escenario particular del anestesiólogo.

2. **Desarrollo de la anestesiología desde el campo jurídico**

Volviendo al desarrollo de la anestesia en el ámbito global, desde una perspectiva jurídica se dieron cuatro etapas en el campo de la anestesiología:

i. **Primera etapa**

Durante esta etapa se tenía la idea que el médico, y en este caso el anestesiólogo, no eran responsables de ningún actuar en su profesión, es por ello que se mantenía *“... la tesis de la irresponsabilidad civil del médico, en línea de principio, la que se estimaba, racional y bien fundada, a pretexto que el paciente debía asumir los riesgos y vicisitudes del acto médico.”* (Jaramillo 44); esto en razón a que *“... se sostuvo que el médico era intocable; el único juez de sus actos era su conciencia.”* (Diez 49)

ii. Evolución tecnológica y de progreso científico

Esta etapa fue conocida como la de medicina de equipo, “... *la figura principal estaría asentada en el cirujano, personaje que era una suerte de capitán del barco: ordenaba cuales eran los elementos necesarios y las técnicas adecuadas para anestesiarse a un paciente, como así también supervisaba tanto al anestesista como a sus demás colaboradores.*” (Ibíd.) De ahí que el cirujano era quien respondía por cualquier situación que se presentara, “*De este modo cargaba con la responsabilidad de cualquier anomalía que se pudiera presentar en el actuar del equipo.*” (Ibíd.)

iii. Medicina hospitalaria y asistencial

“... *en la cual la responsabilidad será compartida y solidaria.*” (Ibíd.); aquí se hará referencia a la situación ya mencionada del equipo médico, que como se explico será analizado posteriormente.

iv. Responsabilidad sin culpa

“... *aplicando el concepto de res ipsa loquitur, de modo tal que el juez puede condenar al pago de una indemnización al médico actuante, aunque se haya demostrado que el anesthesiologo no tiene culpa, pero si tiene responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios para el acto origen de reclamación.*” (Ibíd. 50)

Ésta etapa se resume en la teoría objetiva, es decir el galeno especializado en anestesia responde por el resultado, no se mira que haya incurrido en culpa, sino que solo se mira el daño ocasionado. “... creemos que nada impediría institucionalizar una responsabilidad civil objetiva para aquellos casos en que físicamente destruye o deteriora cosas o atenta contra la integridad física de una persona. Es decir, todos los daños físicos, bien sea materiales o corporales, podrían ser indemnizados sin necesidad de exigir una culpa probada por parte del demandado. Este principio solo tendría como excepción los daños extracontractuales imputables a la actividad médica...” (Tamayo, Tomo I 233).

En razón a lo anterior la doctrina ha reconocido que el riesgo médico es mejor socializarlo¹⁰⁹, de esta manera “Socializar el riesgo médico, en el sentido de reparar civilmente el daño, es el único instrumento viable y susceptible de asegurar tranquilamente el ejercicio profesional y garantizar una reparación más inmediata y con menos enfrentamientos con el médico.” (Veloso); por lo que a la hora de mirar de qué forma responde el médico hay que utilizar la ya mencionada teoría objetiva, “El subjetivismo de la culpa se está diluyendo, dando margen al surgimiento del concepto de riesgo, en que el autor responderá simplemente por el daño causado, estando exento cuando este derive de: fuerza mayor, culpa de la víctima, actos de terceros o inexistencia de un nexo causal.” (Ibíd.)

Lo mencionado hace referencia a que la figura de los seguros sirve de medio para trasladar el riesgo, pero este no es tema de análisis, simplemente lo incluimos como referencia, de manera

¹⁰⁹ “La socialización del riesgo es la que mejor atiende a la justicia colectiva. No se puede esconder el hecho de que la medicina es la profesión que más absorbe los impactos de las nuevas concepciones sociales. Negar esta realidad, además del egoísmo, es colocarse distante del presente. Esta es la única forma de que se da al responsable condiciones de responder por el daño causado, casi siempre distantes de sus reales posibilidades. Para el paciente, el sistema de seguro también significa liberarse de un proceso penoso y confuso, la protección contra la deficiencia técnica, contra sus riesgos y contra la eventual falibilidad del profesional.” (Veloso)

que podamos apreciar una de las figuras de defensa utilizadas por los médicos en procesos de responsabilidad civil médica.¹¹⁰

Pero esta teoría no es acogida por todo el mundo, ya que hay quienes consideran que *“Ahora, es innegable que en el desarrollo actual de la sociedad ambas actividades están permitidas en virtud de la denominada aceptación de riesgos y, en consecuencia, los deportistas y pacientes víctimas de los daños causados por los otros competidores o por la culpa comprobada del agente causante del daño. En efecto, es impensable que el médico responda objetivamente por los riesgos terapéuticos inherentes a la actividad médica. (...) En conclusión, en materia médica, (...) la culpa sigue siendo elemento estructural de la responsabilidad civil.”* (Ibíd. 238); este tema de los riesgos será analizado después y es de gran importancia sobre todo en el campo de la anestesiología.

3. Desarrollo de la anestesiología en Colombia

“... ya los aborígenes precolombinos usaban y continúan usando un amplio arsenal de drogas con fines curativos y para lograr la sedación y el estado de inconsciencia; así se menciona el uso de la coca (...) Al venir la conquista y colonización española se introdujeron nuevas

¹¹⁰ *“Conviene mencionar que estas compañías aseguradoras, poco a poco han ido conformando algunas políticas, que desde un punto de vista, protegen sus intereses, tales como: el negar un Nuevo seguro a aquellos médicos que son demandados más de dos veces, o bien a aquellos cuyas indemnizaciones hayan sido de gran monto o bien incrementar las primas para el refrendo de dichos seguros. (Moreno-Alatorre)*

prácticas y entonces vino el auge del opio, (...) fue la droga de elección usada para el tratamiento del dolor por todos los médicos neogranadino de ese siglo.” (Herrera 7)

La anestesia llegó a Colombia en 1846 cuando “... llegaron el éter y el cloroformo. El 16 de Octubre de 1846, William Morton ensayó el éter por primera vez en un paciente de Massachussets General Hospital, lo que fue el nacimiento de la Anestesia y un año después Simpson en Edimburgo, descubrió el cloroformo.” (Ibíd.)

La primera anestesia realizada en Colombia fue en 1849 por el Doctor Antonio Vargas Reyes, “El doctor Antonio Vargas Reyes estudio en París el uso del éter y el cloroformo. A su regreso a Bogotá, en 1849, administro la primera anestesia general en el País mientras realizaba una mastectomía, para ello utilizó el cloroformo, con tan mala suerte que la paciente murió durante la inducción.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 7)

Unos años después se empieza a utilizar el cloroformo que “... empezó a ser utilizado en Antioquia, y se constituyo en el anestésico de uso preferencial en los principales centros médicos no sólo de Antioquia sino de Colombia, durante la segunda mitad del siglo XIX.” (Ibíd.)

Ya con la llegada del nuevo siglo se empiezan a crear las escuelas especializadas en anestesia¹¹¹, se da la constitución de la Sociedad de Anestesiólogos y se funda la primera sala del cirugía de Colombia, *“En los primeros años de este siglo encontramos una noticia que va a ser importantísima en el nacimiento y creación de las primeras escuelas de anestesia y más tarde en la fundación de la Sociedad misma. El 28 de junio de 1903 se fundó el Hospital de San José, de la Sociedad de Cirugía de Bogotá, (...) A si nace el Hospital de San José donde más tarde se creará la primera escuela de anestesia del país con un profesional ya dedicado a esta ciencia y arte...”* (Herrera 9)

La práctica y estructuración de la anestesia avanzaba a grandes pasos, sin embargo seguían existiendo problemas en cuanto al sujeto activo, quien efectivamente realizaban la intervención anestésica, *“No obstante todos los grandes pasos de avanzada que estaba dando la medicina y la cirugía en nuestra patria, el nivel de esta nacientes especialidad había caído al más bajo y al final de este primer cuarto de siglo, la anestesia la aplicaban en los hospitales los porteros...”* (Ibíd. 10)

¹¹¹ *“Por esa época, unos año atrás, el Doctor Carlos Esguerra fundó la Clínica de Marly, uno de los centros más importantes del país y que tendrá importancia decisiva en la formación de la anestesióloga colombiana.”* (Herrera 10)

Entre 1940 y 1950 ya se empieza a organizar¹¹² mucho mas la anestesia, “Mas adelante el doctor Juan Marín O. fundó en Bogotá, en 1946, la Escuela de Anestesia¹¹³ y en 1949 la Sociedad de Anestesia. El doctor Marín fue también el creador del emblema de la anestesiología en Colombia que lleva la leyenda: Anestesia, arte de los dioses; este también fue adoptado por la Asociación Mundial de Anestesiología.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 7)

Ya en 1950 se funda la Sociedad Colombiana de Anestesiología y un años después el primer Congreso Colombiano de Anestesia, “Por esos días se vio la necesidad de la reglamentación y estructuración de las especialidades medicas, fue así como se sugirió la creación del Consejo Nacional de Especialidades que las reglamentara y fijara a las relaciones con los médicos generales.” (Herrera 13)

1954 fue un año de pros y contras para la anestesia ya que en primera medida se “... crearon los posgrados en anestesiología en las Universidades Nacional de Bogotá y de Antioquia en Medellín. En este mismo año, el doctor Gustavo Delgado S. inicio en Bogotá la publicación de

¹¹² “La década de 1940 a 1950 se caracteriza porque en ella se dieron los primeros pasos serios a la organización de la anestesiología colombiana: vienen las primeras misiones extranjeras, (...) se van a crear las primeras escuelas y culminara con la fundación de la Sociedad de Anestesia.” (Ibíd.)

¹¹³ “En efecto, en el año 47, Marín abrió la primera Escuela de Anestesia, al llamado no respondieron ni los estudiantes de medicina, ni las enfermeras y médicos aun los internos del hospital y el curso se inicio con seis señoritas, hijas de médicos del mismo hospital. Con ese mismo curso se crea el emblema actual de la Sociedad Colombiana de Anestesiología...” (Ibíd.)

la revista Anestesia, órgano oficial del Colegio Colombiano de Anestesiología.” (Opcit 8); Pero en ese mismo año se dio la Guerra de las Tarifas, la cual hacía referencia a que “...los anestesiólogos trabajaban con sueldos fijos y muy bajos, pero las entidades cobraban tarifas por las anestесias que podrían triplicar lo devengado, entonces se pidió que cada cual cobrase por tarifas y se suprimieran los sueldos.” (Herrera 14)

Frente a la crisis en comento la Sociedad Colombiana de Anestesiología expidió una Resolución que buscaba solucionar los problemas; *“La sociedad expidió el 8 de marzo la Resolución No. 3 que dice “... Que la Anestesiología ha llegado a un nivel adecuado para que sea considerada como una verdadera especialidad médica y no como simple servicio técnico hospitalario. Que es contrario a la ética médica el sistema actual de venta de servicios profesionales por las instituciones hospitalarias, suprimiendo así la responsabilidad profesional y las relaciones de médico-paciente. Que es deber de la Sociedad vigilar porque el porvenir científico de la especialidad no sufra mengua, sino que por el contrario cada día cuente con personal más idóneo... por lo cual se debe propender por una remuneración adecuada... Resuelva: 1. Exigir a sus afiliados... que eliminen su carácter de asalariados de una institución, asumiendo la completa responsabilidad profesional en sus relaciones de médico-paciente. 2. Unificar y regular los honorarios profesionales...” (Ibíd.)*

La medida antes desarrollada no fue acogida de manera inmediata por las instituciones, *“La propuesta fue recibida con gran resistencia por los directores de clínicas y hospitales y en general por casi todos los cirujanos, pero el movimiento siguió su marcha y la primera entidad en aceptar el nuevo sistema fue la Clínica Marly (...) Con el seguro Social la lucha fue ardua,*

(...) en declaraciones a El Tiempo decía “que no habiendo llegado a acuerdo sobre el problema de tarifas se le manifestó al ICSS, que los miembros de la Sociedad se abstendrían de prestar sus servicios a los afiliados, mientras esto no se resolviera” y por su parte los cirujanos resolvieron no actuar, ya que en su concepto los anestesiistas enviados por el ICSS no les inspiraba absoluta confianza. (...) Al final el movimiento triunfo ampliamente.” (Ibíd. 15)

En 1958 se aprobó la Declaración de Cúcuta en donde “... 1. *La Anestesiología, como especialidad médica debe ser ejercida por médicos especializados, de acuerdo con los Estatutos de la Sociedad Colombiana de Anestesiología.* 2. *Considerada como tal debe recibir el mismo tratamiento académico, profesional y económico de cualquier otra.* 3. (...) *En consecuencia considera indispensable reforzar la unidad científica y gremial y ejercer una mas estricta vigilancia sobre el ejercicio de la anestesiología...*” (Ibíd. 16); al final esta Declaración se derrumbó pero fue de las primeras medidas que buscaban reglamentar a la anestesia.

Ya en 1991 se logró la reglamentación de esta profesión, “... *la Sociedad Colombiana de Anestesiología logró la reglamentación del ejercicio de su especialidad por medio de la Ley 06 con la que se busca que quien ejerza como anestesiólogo esté debidamente capacitado y cuente con los elementos adecuados para su óptimo desempeño. El objetivo final es el de ofrecer seguridad a todo paciente que sea sometido a un procedimiento anestésicoquirúrgico.*” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 8)

Se puede decir que en la actualidad hay un gran inconveniente ya que los especialistas en esta rama de la medicina “... *resultan escasos, insuficientes en su número en proporción a las otras*

ramas de la medicina, si tomamos en consideración la cantidad de prácticas e intervenciones diarias que requieren de la calidad de sus servicios.” (Pérez de Leal 166)

“Para finalizar se puede afirmar que el descubrimiento de la anestesia contribuyo enormemente al desarrollo de las ciencias de la salud en general, y de la cirugía en particular. En la actualidad se puede intervenir quirúrgicamente a la mayoría de pacientes sin que sientan dolor gracias a uso de drogas anestésicas y al monitoreó continuo.” (Opcit.)

B. Acto anestésico

Antes de entrar a desarrollar a fondo todos los elementos que constituyen el acto anestésico, es necesario definir qué es la anestesia y qué es la anestesiología; la anestesia “... *es el estado mental de insensibilidad (a= Sin Estesia= Sensibilidad).(...*) Sin embargo, al expandirse el concepto y aplicarse el método farmacológico a través del mundo, rápidamente se vislumbró que

el estado mental creado artificialmente por el hombre era de características mucho más amplias que las señaladas con la palabra “anestesia” (...) Nosotros atendiéndonos a la costumbre generalizada lo llamaremos Anestesia pues, como lo veremos más adelante, tiene un significado más amplio, en cambio el de narcosis señala sólo el provocado por drogas. Y por tanto distinguiremos como Anestesia el proceso definido en la forma siguiente: Anestesia es la modificación del estado mental con influencia en todo el sistema nervios, producido por ciertas drogas y algunos fenómenos físicos que se manifiestan por inconsciencia, amnesia, analgesia y depresión parcial y progresiva de la actividad refleja defensiva de su integridad.” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 12)

Se puede decir entonces que la anestesia es un medio, mas no un fin, “... la anestesia no supone un fin en sí mismo, sino que constituye un medio adecuado para la realización de otros actos médicos. Consiste en la insensibilización del paciente para evitar el dolor o el sufrimiento, o hacer menos traumática la practica o intervención quirúrgica, continuándose la prestación con la asistencia al enfermo hasta su total reanimación.” (Pérez de Leal 161)

Ya frente a la anestesiología se considera que es “...la rama de la medicina encargada de llevar a un paciente a un estado de insensibilidad al dolor para realizar un procedimiento quirúrgico, terapéutico, diagnostico en las mejores condiciones fisiológicas y homeostáticas posibles.” (Aguilera 21); es por ello que se reconoce a éste profesional como un “...médico autónomo, con obligaciones y responsabilidades propias.” (Opcit. 50)

Es necesario entonces mirar a fondo las funciones del anestesiólogo:

1. *“Aplica procedimientos especiales para suprimir los efectos indeseables (ansiedad, dolor, actividad refleja, etc.) (...),*
2. *Aplica fármacos para obtener amnesia, analgesia, hipnosis, relajación muscular y atenuación de los reflejos nerviosos perjudiciales para el normal desenvolvimiento de las funciones vitales durante el acto quirúrgico. (...),*
3. *Preserva la función biológica normal influenciada o alterada por factores endógenos o exógenos al organismo, distintos a la enfermedad, (...) propios de la misma actividad desarrollada por el anestesiólogo (administración de drogas, intubación, ventilación, etc.).*
4. *Reduce el impacto que la acción conjunta del anestesiólogo y la de los otros especialistas puede tener sobre la función orgánica anormal alterada por la enfermedad...” (Diez 51)*

De lo anterior se colige que las funciones del anestesiólogo se caracterizan por ser de cooperación quirúrgica, *“Las funciones del anestesista están encaminadas no a diagnosticar, tratar o prevenir una enfermedad, sino en tal caso a posibilitar que otros especialistas la combatan, de modo tal que la actividad de este profesional se circunscribe más que nada a la participación en el tratamiento quirúrgico junto con otros médicos.” (Ibíd. 51)*

Es menester reconocer que el anestesiólogo en razón a lo mencionado, tiene un campo de acción bastante amplio ya que involucra conocimientos de otras especialidades; es por ello que se conocen siete áreas en la anestesiología (Aguilera 21):

1. *“El manejo de los procedimientos destinados a dominar el dolor, en pacientes sometidos a intervenciones quirúrgicas. (...),*
2. *El mantenimiento de las funciones vitales frente a la agresión anestésico-quirúrgica. (...),*
3. *El manejo clínico de pacientes inconscientes cualquiera que sea la causa. (...),*
4. *La solución de problemas relacionados con el alivio del dolor fuera del quirófano. (...),*
5. *El manejo de métodos específicos de terapia inhalatoria. (...),*
6. *La aplicación de métodos específicos de terapia inhalatoria. (...),*
7. *El manejo clínico de las diversas alteraciones de los líquidos, electrolitos y el metabolismo.” (Ibíd.)*

Siguiendo con el análisis del acto anestésico es necesario entender cómo se crea el vínculo entre el paciente y el anesthesiólogo¹¹⁴; muchos consideran que es un relación contractual, ya sea porque lo contrate directamente el paciente o en razón a que el cirujano lo vincule. *“La naturaleza jurídica de la relación que une al anestesista con el paciente será por regla contractual, pudiendo presentarse corrientemente dos supuestos: el primero, que el paciente elija, proponga y contrate los servicios del especialista, (...); el segundo, que sea el cirujano quien contrate con el anestesista para que colabore prestando sus servicios asistiendo en su área a determinados pacientes...” (Pérez de Leal 163)*

¹¹⁴ *“Las fuentes de las obligaciones del médico anesthesiólogo son diversas, entre ellas se encuentra el contrato, el acto extracontractual y el delito, entre algunas otras.” (Uribe- Velásquez)*

Otros consideran que el vínculo extracontractual que se crearía con el anesthesiólogo solo sería en casos excepcionales¹¹⁵, *“Constituirían excepción las relaciones de corte extracontractual, al igual que en el resto de la actividad médica en general, y abarcaría aquellos casos de urgencia y atención de pacientes obnubilados o en estado de inconsciencia.”* (Ibíd.)

Pero otros dicen que la regla general es la de un vínculo extracontractual, en razón a que se contrata es a la Institución Médica y ésta le presta el servicio con el anesthesiólogo, por lo que entre el paciente y el anesthesiólogo no hay ninguna relación directa, ni contractual, *“No es usual que el paciente contrate al anestesista en forma directa; ello no implica que sea imposible. La realidad nos demuestra que generalmente es el centro asistencial el que contrata a este profesional, de modo tal que el paciente no tendría una intervención en la relación contractual.”*

(Diez 58)

Nuestra posición radica en que es claro que pueden darse casos en que se contrata directamente al anesthesiólogo, situación que en Colombia es inusual ya que no existen casos de demandas en curso contra anesthesiólogos por responsabilidad civil contractual; en la práctica es mucho más sencillo ir a la clínica contratar con ella los servicios y de ahí la institución vincula al especialista en anestesia, por lo que el régimen sería extracontractual; la mayoría de las veces los hospitales

¹¹⁵ *“Existen situación extracontractual, cuando el anesthesiólogo se ve precisado a intervenir en caso de urgencia médica y por su actuación causa lesiones al paciente. Esta situación se origina por daño al patrimonio a otra persona con quien no existe un vínculo contractual y tiene como fuente una conducta que rompe el deber de diligencia, cuidado y prudencia de las personas en sociedad.”* (Ibíd.)

trabajan con sociedades o cooperativas de anesthesiologos, demostrando aun más la responsabilidad extracontractual que se daría entre el paciente y el anestesista.

Otro tema de gran importancia es qué tipo de obligaciones están inmersas en el actuar médico del anesthesiologo¹¹⁶, unos autores consideran que se dan obligaciones de medios¹¹⁷, *“Autores como Berlangieri e Iglesias sostienen que las obligaciones asumidas por este profesional son de medios, pues el paciente que contrata con un anestesista lo hace bajo ciertas condiciones; es decir que el anestesista deberá poner al alcance del paciente todos los medios técnicos a fin de que el acto médico o quirúrgico se cumpla correctamente”*. (Diez 53); al igual que la doctrinante Pérez de Leal, *“Para introducirnos en el análisis de la responsabilidad de estos profesionales, debemos dejar en claro ab initio que los anestesistas asumen por regla general una obligación de medios.”* (Pérez de Leal 162)

Pero hay quienes creen que no son de medio, sino que más bien, son obligaciones de resultado, *“Otro importante sector de la doctrina sostiene que las obligaciones asumidas por el anestesista*

¹¹⁶ *“La obligación del médico anesthesiologo es la de proporcionar todos los medios anestésicos adecuados para preservar la salud del paciente debe ser integral y se deberán prever todas las posibles funciones irregulares del paciente anestesiado. Para ello, se deben realizar las medidas necesarias para su regulación antes, durante y después del acto anestésico.”* (Ibíd.)

¹¹⁷ *“... Sin duda son las más importantes, y siempre son exigibles a un médico anesthesiologo; podrían definirse de manera genérica, como la correcta aplicación de las medidas de sostén terapéutico.”* (Moreno-Alatorre)

son de resultado. Dicha postura fue expuesta por Cifuentes (...) el resultado previsto en la inconsciencia o adormecimiento para evitar el dolor, por medios de diario uso y con drogas que bien utilizadas son inocuas para la salud general de las personas (salvo algún caso especial). No parece posible calificarla de obligación de medios porque no hay áleas graves y porque no es más que un método complementario de la cirugía tan estereotipado hoy frecuentemente y sencillo (para el que sabe aplicarlo), que el resultado (adormecer, hacer dormir) prevalece indudablemente sobre cualquier otra consideración". (Opcit.)

Al establecer qué tipo de obligación es la que tiene el anestesiólogo con el paciente, es que se logra determinar la responsabilidad y la manera en que podría buscar exonerarse de ella, “*Según se establezca que la obligación asumida por el anestesista sea de resultado o de medios, el criterio de imputación variara. Si sostenemos que este profesional asume una obligación de medios, la responsabilidad que se imputa será sobre factores subjetivos, de modo tal que el paciente deber probar que el anestesista no tomo las diligencias debidas, y este último se podrá eximir de responsabilidad probando la falta de culpa. En cambio, si encuadramos su obligación como de resultado, su culpa se presumirá, pues la responsabilidad se imputara sobre factores objetivos. De modo que el anestesista no se exime probando la falta de culpa, sino demostrando que hubo un rompimiento del nexo causal". (Ibíd. 54)*

En nuestro parecer la obligación que tiene el anestesiólogo es de medios, ya que al igual de lo que ocurre en muchas especialidades médicas es imposible asegurar un resultado¹¹⁸, aun mas en esta rama por los riesgos inmersos en el acto anestésico, por lo que no tendría razón de ser el prometer un fin, sabiendo la cantidad de complicaciones que se podrían presentar, no compartimos la posición del doctrinante en el que se considera que en el desarrollo del acto anestésico no hay aleas graves, porque como se explicará a continuación si existen riesgos y complicaciones los cuales serán analizados posteriormente es decir si existe esta alea de resultados.

1. Elementos del Acto Anestésico

Al entender qué es la anestesiología podemos entrar a estudiar los elementos inmersos en el acto anestésico, *“El acto anestésico consta de tres partes: la valoración pre anestésica, la administración misma del anestésico y la visita post-anestésica. Si alguna de ellas no se realiza, el acto anestésico es incompleto y la actuación medica se hace menos defendible desde el punto de vista médico-legal.”* (Aguilera 23); podemos entonces decir que *“El anestesiólogo trabaja en un tiempo real (lo que está pasando ahora) y en un tiempo diferido (lo que puede pasar)”* (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 3),

¹¹⁸ *“Las obligaciones de resultado o determinadas, son infrecuentes en el quehacer cotidiano del médico-anestesiólogo, pues no se nos puede obligar a obtener un resultado determinado.”* (Ibíd.)

En razón a lo anterior se entiende que el anestesista tiene entonces ciertos deberes y obligaciones que se estructuran con las tres fases del acto anestésico¹¹⁹, “...podríamos agrupar los deberes a cargo de estos especialistas en tres momentos: a) etapa pre anestésica; b) etapa anestésica propiamente dicha, y c) etapa pos anestésica, las que en forma conjunta y sucesiva integran esta actividad medica en particular.” (Pérez de Leal 167)

De lo anterior se colige que las obligaciones y deberes inmersos en las diferentes etapas del acto anestésico llevan a que el anesthesiólogo sea responsable durante todas las fases de este acto, “Es necesario tener en cuenta que el acto anestésico no se circunscribe exclusivamente al momento en que la intervención quirúrgica se efectúa. Un anestesista puede ser tan responsable en la etapa preoperatoria como en la intraoperatoria o la posoperatoria. Su prudencia y diligencia deben evidenciarse en cualquiera de estas etapas”. (Diez 55)

2. Obligaciones y deberes del anesthesiólogo

Antes de analizar cada una de las etapas es necesario establecer la importancia que quien lleve a cabo la actividad anestésica esté capacitado y titulado en esto. “Además, de acuerdo al

¹¹⁹ “El médico anesthesiólogo, para el manejo integral y preventivo del paciente, tiene la obligación de cumplir con la Lex Artis de la anesthesiología, por que es la conducta que se le exige en la aplicación de un acto anestésico. De acuerdo a la Lex Artis, se debe establecer un plan de manejo adecuado desde el periodo preoperatorio, de acuerdo al diagnostico quirúrgico, al diagnostico o los diagnósticos médicos, su tiempo de evolución y su tratamiento.” (Uribe-Velásquez)

parágrafo del artículo 14 del ESTATUTO DISCIPLINARIO INTERNO DE LA SCARE: «para efectos de esta disposición todo acto anestésico de cualquier naturaleza debe ser ejecutado, controlado y conducido por un anesthesiologo certificado hasta la entrega del paciente en recuperación al personal competente para ello, debidamente capacitado, o al relevo del anesthesiologo por otro igualmente certificado, la violación a este deber constituirá falta grave.»

(Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA.)

i. Etapa pre anestésica

Esta etapa tiene diferentes sub-etapas las cuales se analizarán a continuación:

a) La consulta pre anestésica¹²⁰

Es una consulta que se realiza con antelación a la cirugía¹²¹, en donde se estudia la historia clínica del paciente¹²² y se hace un examen físico para mirar la condición actual del paciente,

¹²⁰ “1.1. *EVALUACIÓN PREANESTÉSICA* Es mandatoria en todo paciente. En ella el médico anesthesiologo debe establecer el estado clínico del paciente, su estado físico según la clasificación de la American Society of Anesthesiologists (ASA) y las pautas de manejo que considere pertinentes.” (Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA)

¹²¹ “La consulta de anestesia es una atención especializada que racionaliza el manejo del paciente quirúrgico, pero no sustituye la visita del anesthesiologo a su paciente el día anterior a la cirugía, o su valoración en el servicio ambulatorio...” (Aguilera 23)

además se pueden pedir exámenes especiales¹²³, “*En ésta consulta se revisa la historia clínica, se hace un examen físico adecuado y se solicitan los exámenes especiales, interconsultas y ajustes al tratamiento que no se pueden hacer el día anterior a la cirugía y que se requiere para programarla.*” (Aguilera 23)

Al estipular que durante esta consulta se pueden pedir otro tipo de exámenes, hay que dejar en claro que puede generarse una responsabilidad de este especialista si se generan consecuencias futuras, por la no exigencia de estos exámenes. “*Hay exámenes previos que son obligatorios y sin los cuales no se puede comenzar una anestesia. Si éstos no han sido efectuados y, como consecuencia de ello, se produce una afección en la salud de una persona, el anestesista cargara con la responsabilidad*”. (Diez 55)

La mencionada consulta¹²⁴ “... *se considera obligatoria para los pacientes de alto riesgo y la tendencia actual es que todos los pacientes programados para la cirugía asistan a ella.*” (Ibíd.);

¹²² “*Será a cargo del facultativo examinar previamente la historia clínica del paciente y evaluarla, siendo aconsejable dejar constancia documentada en dicho instrumento del cumplimiento de tal recaudo.*” (Pérez de Leal 167)

¹²³ “*El anestesista teniendo a la vista la historia clínica del enfermo podrá determinar la necesidad de realización de otros exámenes previos no practicados, como hemogramas, análisis de orina, radiografías, estudios cardiológicos y del aparato respiratorio.*” (Pérez de Leal 167)

¹²⁴ “*1.1.1 Consulta Pre anestésica Debe incluir antecedentes, estado clínico, revisión de exámenes para clínicos, conceptos de otros especialistas, ASA. Si se considera necesario, se pedirán nuevos exámenes o*

y no hacerla podría conllevar responsabilidades, porque lo que se busca con ésta es tratar de evaluar los riesgos que se pueden presentar en la efectiva intervención¹²⁵. “...es censurable la conducta del profesional que omite la indicación de exámenes preoperatorios, situación que ante el reclamo del paciente lo podrá hacer responsable de culpa obrada.” (Pérez de Leal 167)

b) La visita pre anestésica

Es de gran importancia porque “...en el tiempo transcurrido entre la consulta y la cirugía puede cambiar la condición física o emocional del paciente y la mediación pre anestésica debe efectuarse en las horas antes a la iniciación del procedimiento.” (Ibíd.)

La visita pre anestésica se complementa con la consulta pre anestésica y lo que buscan es que el médico tenga “... el conocimiento del estado mental y emocional del paciente y su condición física general.” (Ibíd. 24); es también necesario considerar que lo “... ideal es que el anesthesiólogo encargado de conducir la anestesia sea el mismo que entreviste al paciente, más

conceptos especializados. El día de la cirugía, el especialista a cargo del caso debe revisar que la información anterior esté completa y consignada en el registro anestésico. Se debe informar al paciente o a sus familiares sobre el riesgo del acto anestésico y se debe obtener el consentimiento informado.”

(Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA)

¹²⁵ “Es en esta etapa pre anestésica cuando el especialista debe asimismo corroborar que el paciente se encuentre compensado clínicamente antes de administrar la anestesia, tratando de evitar de esta forma una de las principales causas de accidentes.” (Pérez de Leal 168)

sin embargo, si esto no es posible, quien realice la entrevista deberá informar al paciente la identidad del anestesiólogo que intervendrá en la cirugía.” (Ibíd.)

Es por lo anterior que se hace necesario que toda la información conste en la historia clínica, para que de ésta manera se tomen todas las prevenciones y medidas necesarias, se conozca la situación particular del que será intervenido y así lograr evitar futuros conflictos o negligencias. *“Se debe registrar en la historia clínica del paciente, ya sea ambulatoria u hospitalizado, una nota clara y concisa referente a la valoración pre anestésica. No es necesario repetir toda la historia pero se hará énfasis en los siguientes datos: Encabezamientos: Edad, peso, cirugía a realizar y hora a la cual está programada.” (Ibíd.)*

Otro tema de gran importancia es que *“Al final de la nota pre anestésica se propone un plan anestésico y se clasifica el estado físico según la ASA y el riesgo quirúrgico.” (Ibíd. 25);* asunto que será analizado a continuación de manera detallada.

La historia clínica es un instrumento utilizados por los médicos para *“...consignar los hallazgos de la anamnesis y del examen físico que permiten conocer las condiciones del paciente que va a ser anestesiado.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 100);* la anamnesis hace referencia a *“... conocer los antecedentes personales y la enfermedad del paciente. Para ello se debe preguntar si ha sufrido enfermedades agudas o crónicas, alegrías, enfermedades cardiopulmonares; si ha sido intervenido y ha presentado complicaciones, (...) si ha tenido o tiene en la actualidad hábitos como el tabaquismo, el alcoholismo o la drogadicción. La anamnesis también permite conocer las drogas administradas al paciente que pueden modificar el proceso anestésico...”*

(Ibíd.) Es necesario también identificar los antecedentes familiares, “... *se debe averiguar si en la familia hay antecedentes de diabetes, (...) o cualquier otra enfermedad que pueda complicar el proceso anestésico.*” (Ibíd.)

Ya frente al examen físico este se hace respecto al sistema respiratorio y cardiovascular, para así “... *identificar malformaciones, tumoraciones, amputaciones, deformaciones, (...) ya que pueden dificultar las maniobras de la intubación...*” (Ibíd. 101), además al concluir con éste se mira si es necesario pedir exámenes de laboratorio. Luego de esta fase se clasifica al paciente¹²⁶ según los lineamientos de la ya referida Clasificación ASA¹²⁷, “*Antes de someter un enfermo al procedimiento anestésico es indispensable hacer una clasificación del riesgo al cual va a ser sometido, basándose en la evaluación pre anestésica integral y anticipando las posibles complicaciones y su prevención.*” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 85):

ASA UNO (“Paciente normal y sano)

¹²⁶ “... *debe realizarse una completa y adecuada valoración preanestésica y una clasificación del estado físico del paciente y el grado de riesgo operatorio.*” (Uribe-Velásquez)

¹²⁷ SISTEMA DE CLASIFICACIÓN ASA: Sistema de clasificación que utiliza la American Society of Anesthesiologists (ASA) para estimar el riesgo que plantea la anestesia para los distintos estados del paciente. ≤<http://www.neurocirugia.com/escalas/asa.htm>≥

ASA DOS (Paciente que sufre enfermedad general leve, por ejemplo el diabético hipertenso controlado.)

ASA TRES (Paciente que sufre enfermedad general grave que limita la actividad pero que no es incapacitante; por ejemplo pacientes con cardiopatía...)

ASA CUATRO (Paciente con enfermedad general incapacitante que presenta un peligro constante para su vida; por ejemplo paciente con infarto reciente...)

ASA CINCO (Paciente moribundo que no viviría más de veinticuatro horas hágase o no la cirugía, por ejemplo el paciente con trombosis...)

Se añade la letra E al estado físico si es paciente electivo y la U si es urgente.”(Opcit. 105)

Al concluir la visita pre anestésica se determina cual será la pre medicación que se utilizara y se informara al paciente de todos los asuntos concernientes con la intervención¹²⁸, lo que se conoce como consentimiento informado en anestesiología, “Entre las obligaciones pre anestésicas y al

¹²⁸ “Una vez terminada la entrevista, el examen físico y la revisión de la historia y los exámenes de laboratorio, se procederá a elegir la pre medicación adecuada y a informar al paciente sobre la hora de programación, el tiempo de ayuno, el carácter de la operación, el tiempo quirúrgico esperado y las posibles técnicas anestésica. Se deben resolver todas las dudas e inquietudes del paciente dándole confianza y seguridad y en lo posible hacer que el paciente conozca las condiciones en que se encontrara en el post-operatorio inmediato.” (Aguilera 25)

igual que en las otras ramas de la medicina, debemos tener presente el deber de información. La información de rigor que el profesional debe brindar al asistido versará acerca del tipo de anestesia y drogas a utilizar, las que también serán asentadas en el parte anestésico, haciendo conocer al paciente los fundamentos y beneficios del método de narcosis elegido y advirtiéndole sobre los posibles riesgos.” (Pérez de Leal 169); este tema será desarrollado más adelante de manera específica.

c) La pre medicación

A esta etapa se llega después de las evaluaciones anestésicas ya descritas, “La visita y la evaluación del paciente que va a ser sometido a una cirugía permiten establecer la comunicación personal entre el paciente y el anestesiólogo; realizar el interrogatorio y el examen clínico; tranquilizar al paciente y a sus familiares; seleccionar y ordenar la pre medicación anestésica; decidir, luego del previo análisis de la situación, la conveniencia de la intervención quirúrgica programada, desde el punto de vista anestésico; seleccionar las drogas y las técnicas anestésicas más convenientes; y por último instruir al paciente sobre aspectos del proceso peri operatorio con especial énfasis en los riesgos de la cirugía, el control del dolor...”

(Álvarez, Cirugía: Anestesiología 100)

Lo que se busca con esta fase es “...aliviar la ansiedad y el dolor, reducir la respuesta refleja indeseable a la intubación endotraqueal, disminuir las secreciones y hacer la inducción más suave.” (Aguilera 25); es por ello que a la hora de determinar la droga que se le pondrá al paciente para producir el estado anestésico e intervenir quirúrgicamente se debe mirar, “...edad y peso del paciente, estado físico, nivel de ansiedad, tolerancia a las drogas depresoras,

experiencias previas de reacciones adversas a las drogas usadas en pre medicación, alegrías, cirugía electiva o de urgencia y, cirugía de paciente hospitalizado o ambulatorio.” (Ibíd. 26)

Se puede decir que es necesario “... *realizar una buena evaluación preoperatoria no sólo para conocer el estado real del paciente sino para tranquilizarlo, para calmarle la ansiedad, para responder a sus inquietudes, para explicarle en palabras sencillas el procedimiento al que va a ser sometido. Esta sicoterapia elemental es obligatoria llevarla a efecto en cada paciente.*” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 86)

Para finalizar podemos reconocer que “*La visita pre anestésica, la clasificación del riesgo anestésico y la adecuada pre medicación son requisitos indispensables para la correcta atención y monitorización del paciente durante el acto peri operatorio que busca la prevención de problemas, la disminución de la morbi-mortalidad peri operatoria y el tratamiento inmediato en caso de complicaciones.*” (Ibíd. 87)

d) La preparación

Aquí ya se comienza a entrar de manera escalonada a la fase de la anestesia como tal, pero no del todo, ya que hay que pasar por otros periodos antes; “*El paciente quirúrgico debe entrar en el periodo preoperatorio, en la mejor condición física posible, libre de aprehensión, sedado, pero fácilmente consciente para poder cooperar con el anesthesiólogo. La preparación hace referencia*

en primera instancia a la adecuación clínico-patológica del paciente, mediante los exámenes especiales y los ajustes terapéuticos requeridos en la consulta pre anestésica y en segundo lugar el ayuno, la llegada al quirófano, el monitoreo y la preparación pre inducción.” (Aguilera 26)

En relación al párrafo anterior nos referimos a que el paciente debe estar sedado levemente esto tiene que ver con que *“Antes de la operación el paciente debe tener establecida una línea venosa que asegure un adecuado suministro de líquidos...” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 110); es por ello que se dice que *“Se completa también esta etapa con la realización de canalización venosa o instalación de una vía venosa permeable que por norma debe preceder a todo procedimiento anestésico.” (Pérez de Leal 169)**

Esta etapa es indispensable ya que *“Aunque el paciente pudo haber sido evaluado por el Anestesiólogo varias horas antes y es conocedor del acto al cual va a ser sometido, es indispensable interrogarlo y examinarlo de nuevo puesto que las drogas de la pre medicación pueden cambiar el estado físico; es necesario además interpretar la historia clínica, los exámenes de laboratorio, las drogas aplicadas y el estado de ayuno del paciente. Una vez clasificado su estado físico y definida la técnica anestésica se explicará al paciente en forma sencilla y clara el método anestésico al cual va a ser sometido.” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación 89)*

La preparación no solo hace referencia al paciente sino que también al equipo de anestesia y monitoria que será utilizado al momento de la efectiva inducción anestésica, *“Todo procedimiento anestésico por sencillo que sea, exige la presencia de equipo para reanimación,*

oxigenación, con el fin tratar alguna complicación ocasionada por la técnica anestésica o por fallar en ésta. Para ello hay que comprobar la presencia de fuentes de gas, equipo de anestesia debidamente ensayado...” (Ibíd. 90)

Es claro que el anestesiólogo debe estar presente de manera constante y cuidando al paciente desde la pre medicación, *“El anestesiólogo es responsable del paciente desde el momento que ordena la pre medicación anestésica. Debe acompañarlo durante el transporte a la sala de operación, sobre todo si está en condiciones inestables (...) La responsabilidad termina cuando el paciente es dado de alta de la sala de recuperación.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 109)*

e) Llegada al quirófano

Se refiere a todos las pautas que es necesario seguir para entrar efectivamente a la etapa de la anestesia;

- 1. “Los pacientes deben llegar al quirófano sedados, pero conscientes para poder colaborar con el anestesiólogo.*
- 2. En lo posible debe llegar, media hora antes de la hora de programación, (...)*
- 3. Es indispensable retirar los lentes de contacto, prótesis removibles, (...)*
- 4. El paciente se viste con una bata quirúrgica especialmente diseñada para el caso, (...)*
- 5. La historia clínica debe estar completa, con los exámenes pre quirúrgicos y la reserva de sangre, si se ha solicitado.*
- 6. La identificación del enfermo debe ser hecha con su nombre completo, el del cirujano, la cirugía que se le va a realizar, la sala y la hora de programación.” (Aguilera 35)*

f) Preparación pre inducción¹²⁹

Es precisamente antes de la inducción anestésica, de la etapa anestésica como tal, “... *la revisión de la máquina de anestesia, (...) que no tenga escapes, que esté bien conectada, que tenga suficiente anestésico, cal sodada adecuada y funcionen adecuadamente todos sus componentes, (...) Debe hacer amplia disponibilidad de tubos endotraqueales, (...) Un aparato de succión debe estar conectado y funcionando y las drogas adecuadamente empacadas y marcadas, preferiblemente por el mismo anestesiólogo.*” (Aguilera 37)

Frente a esto se generan obligaciones y deberes de seguridad que van muy ligados a la responsabilidad por el hecho de las cosas, en este caso la maquina anestésica, tema que será examinado posteriormente.

ii. Etapa anestésica propiamente dicha (Inducción Anestésica)

¹²⁹ “*La evaluación prequirúrgica es una función de carácter esencial y un privilegio al anestesiólogo que le permite establecer por examen directo las condiciones clínicas y psicológicas de su paciente, encaminadas a reducir al mínimo la morbilidad de la cirugía, con retorno a la vida normal en sus funciones y actividad, en tiempo mínimo, libre de secuelas. La misma permite establecer una magnífica relación médico paciente que facilita la comprensión y análisis del consentimiento, los riesgos obvios derivados de los tratamientos, así como otros ocultos, no mensurables, advirtiendo por igual de posible complicaciones derivadas de su estado.*” (Peña)

Se reconoce como “... la transición del estado consciente, despierto y con los reflejos protectores intactos al estado de inconsciencia, sin reflejos protectores y de total dependencia del anestesiólogo.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 110); en relación a esta situación se han distinguido cuatro estados de la anestesia¹³⁰, “El doctor Guedel observó en sus pacientes que cuando les administraba éter pasaban por cuatro planos, o estados muy definidos.” (Ibíd. 123)

PLANO I: AMNESIA

“Empieza con la inducción de la anestesia y continua hasta que se pierde la conciencia. El umbral de la percepción el dolor no se modifica en este plano.” (Ibíd.)

PLANO II: DELIRIO

“En el acto anestésico existen tres fases claramente diferenciadas. En primer lugar, tenemos la fase de inducción anestésica donde el paciente pasa súbitamente de un estado de consciencia a la inconsciencia absoluta...”¹³¹

PLANO III: ANESTESIA QUIRÚRGICA

“No hay respuesta al estímulo doloroso, no hay reflejos somáticos ni respuesta del sistema autónomo. Este plano es el indicado para la realización de la intervención quirúrgica.” (Opcit.)

¹³⁰ “A su vez, en el acto anestésico podemos diferenciar claramente tres componentes que son imprescindibles para el buen hacer de la cirugía. Estos componentes son: la pérdida de la consciencia, la inhibición de la respuesta motora y la inhibición de la respuesta hemodinámica frente al estímulo quirúrgico.” <http://www.tesisexarxa.net/TESIS_UB/AVAILABLE/TDX-0310105114935//2.HIP%D3TESIS.pdf>

¹³¹ <http://www.tesisexarxa.net/TESIS_UB/AVAILABLE/TDX-0310105114935//2.HIP%D3TESIS.pdf>

En esta fase se alude a la responsabilidad del anesestesiólogo de monitorear constantemente al paciente, tema que se analizará a continuación. *“En segundo lugar, tenemos la fase de mantenimiento anestésico, que coincide con el procedimiento quirúrgico y es donde se produce un estímulo nociceptivo en mayor o menor grado que determina el nivel de hipnosis para la protección frente al estrés quirúrgico del paciente.”*¹³²

Durante este plano el anesestesiólogo debe *“...controlar sus funciones vitales, como presión arterial, frecuencia y monitoreo cardiaco, vigilar la ventilación pulmonar, y la presencia de gases en sangre, verificación ésta que deberá constar en el parte anestésico.”* (Pérez de Leal 169)

PLANO IV: PROFUNDIDAD

“Se produce por sobredosificación. (...) No debe llevarse al paciente a este estado. Si se presenta debe finalizarse inmediatamente la anestesia.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología 110)

La inducción puede darse a través de diferentes medios que solo se mencionará para advertir que los estados anestésicos¹³³ vistos se presentan más en la inducción por inhalación¹³⁴, *“La*

¹³² (Ibíd.)

¹³³ *“La anestesia es un proceso complejo que modifica el estado mental y compromete el sistema nervios, por la acción de ciertos fármacos; el resultado final es la producción de inconsciencia, amnesia, analgesia y depresión parcial y progresiva de la actividad refleja y defensiva de la persona anestesiada.”*
(Álvarez, Cirugía: Anestesiología.23)

¹³⁴ *“Con los anestésicos venosos es difícil apreciar estos estados, no sucede así cuando la inducción se hace por inhalación. De todas maneras es interesante tener presente los cuatro estados o planos de la anestesia...”* (Ibíd. 123)

inducción se logra con la administración de drogas por vía venosa, inhalatoria, muscular o rectal.” (Ibíd. 110).

Esta etapa de la inducción anestésica es muy complicada por lo que se requiere de un constante monitoreo por parte del anesthesiólogo, *“Estos especialistas, a la par de los cirujanos, son sin lugar a dudas los de actividad más conflictiva y controvertida.”* (Pérez de Leal 161); es por esto que la monitoria del paciente y de las maquinas necesarias para realizar la intervención anestésica buscan *“...identificar las alteraciones producidas por la administración de drogas las alteraciones secundarias al proceso quirúrgico y los problemas asociados a las enfermedades de base de los pacientes; además, considera el manejo del aparato que suministra los gases y la observación clínica. La realización de la monitoría depende de los recursos humanos y técnicos que tenga la institución hospitalaria donde se labore.”* (Álvarez, Cirugía: Anestesiología. 20)

Existen diferentes tipos de monitoria que se explicarán brevemente:

1. MONITORIA BASICA

“El más simple y frecuente monitoreo usado es la observación del paciente. El observar adecuadas reglas de monitoria, nos evitará situaciones comprometedoras y desagradables.”

(Aguilera 34); esta monitoria se basa en que el médico anestesiólogo debe permanecer constantemente con el paciente, “...*incluye la presencia permanente de un anestesiólogo idóneo y el control de la ventilación, la oxigenación sanguínea.*” (Álvarez, Opcit.)

Respecto a monitorear el equipo el mas “... *simple consiste de: tensiómetro, estetoscopio (...)* para pacientes que no requieren técnicas invasivas.” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación 90)

2. MONITORIA AVANZADA

Frente a los pacientes “...*implica la ejecución de varios procedimientos en el sistema cardiovascular, respiratorio y nervioso...*” (Opcit.); y en cuanto al equipo “*Para pacientes de alto riesgo se prepara además medición de eliminación urinaria, presión venosa central...*” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación 90)

Frente a lo anterior se establece que “*Durante la insensibilización del paciente el especialistas debe permanecer ininterrumpidamente en el quirófano o el lugar en que la práctica se realice – sea que el asistido haya sido sometido a anestesia general, regional o local -, con la única salvedad de supuestos tales como monitoreos a distancia de las funciones vitales del paciente, cuando exista riesgo cierto de contaminación por radiaciones, y otras escasas hipótesis asimilables.*” (Pérez de Leal 169)

En conclusión, en la monitorización se plantea la premisa que el control y deber de monitoreo¹³⁵ debe realizarse “... tanto antes como durante el acto anestésico, del perfecto funcionamiento de los elementos de los que sirva en el ejercicio de su actividad.” (Ibíd.)

Volviendo a la inducción anestésica como tal se han establecido unas consideraciones que buscan evitar conflictos y complicaciones futuras, no solo en el ámbito de la salud, sino también en lo jurídico; “La inducción anestésica es un proceso que requiere mucho cuidado por parte del anesthesiólogo. Por lo tanto se deben tener presente algunas consideraciones...” (Álvarez, Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación 99):

1. “Es el periodo donde más complicaciones anestésicas se presentan. (...)”
2. Es necesario explicar al paciente el método que se va a emplear para que se sienta seguro y tranquilo. (...)

¹³⁵ “1.2.1 Lista de Chequeo. Antes de iniciar el acto anestésico, el anesthesiólogo debe hacer una revisión que incluya lo siguiente: I. Máquina de Anestesia a. Adecuada presión de oxígeno y de otros gases a utilizar b. Presencia de bala de oxígeno de emergencia c. Buen funcionamiento del dispositivo para administración de oxígeno de flujo rápido (flush) d. Buen estado de flujómetros, vaporizadores, circuitos (sin fugas), válvulas unidireccionales, válvula de sobrepresión y absorbedor de CO2 e. Buen funcionamiento del ventilador II. Monitoreo a. Básico: fonendoscopio, monitoreo electrocardiográfico, tensiómetro, oxímetro, capnógrafo y termómetro. III. Paciente a. Verificar y anotar si hay cambios respecto a la evaluación preanestésica b. Los exámenes paraclínicos requeridos c. Consentimiento informado d. Cavidad oral: dificultad para la intubación o prótesis e. Vía venosa IV. Materiales, Medicamentos y Equipo a. Equipo básico para el manejo de la vía aérea b. Medicamentos a utilizar c. Succión **NOTA:** en el área quirúrgica debe haber disponible un desfibrilador y un equipo para manejo de vía aérea difícil.” (Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA)

3. *Se debe tener listo y ensayado el equipo de ventilación, intubación y aspiración. (...)*
4. *Tener seguridad de la técnica empleada así como conocer las drogas y dosis administradas. Las jeringas que contiene la droga deben estar debidamente rotuladas. (...)*
5. *Tener la ayuda del personal auxiliar para que le colabore en el acto de oxigenación, intubación y monitoria. (...)*
6. *Oxigenar al paciente desde el comienzo de la inducción. (...)*” (Ibíd.)

En relación con las mencionadas recomendaciones hay que tener claro que *“La anestesia se define como un estado de coma reversible y cualquier error en esta barrera entre la vida y la muerte representa el éxito o el fracaso; de la preparación, de la monitoria, del diagnóstico acertado y del tratamiento adecuado al paciente sometido al proceso anestésico resulta la idoneidad médica (producto del estudio y la experiencia) o el homicidio (producto del error voluntario o involuntarios).”* (Ibíd. 319)

Las complicaciones son *“... aquel fenómeno que sobreviene en el curso de una enfermedad sin ser propio de ella, agravándola generalmente y esto puede ser aplicado al acto anestésico. Cuando un paciente es sometido a un proceso anestésico, va a tener pérdida de la conciencia que a su vez va a producir una serie de alteraciones en los mecanismos de defensa, en los mecanismos de control cardiocirculatorio, de control respiratorio y de control del sistema muscular. Interpretando de antemano esta problemática, el anestesiólogo puede prever, programar, planear, cuidar, evaluar y manejar las diferentes manifestaciones que se pueden presentar de tal manera que logre conducir sano y salvo a su paciente durante el acto*

anestésico-quirúrgico; para ello se requiere un conocimiento adecuado del estado anímico del paciente, sus alteraciones fisiopatológicas, el estado de reserva, las drogas que ha tomado y la enfermedad por la cual va ser intervenido.” (Ibíd. 352)

Estas complicaciones se pueden presentar en cualquiera de las etapas del acto anestésico, *“Las complicaciones pueden presentarse durante la inducción, (...) durante la intubación, (...) durante el periodo intraoperatorio, (...) y durante el posoperatorio...” (Ibíd.); por esta razón el anestesiólogo debe interpretar y evaluar todos los cambios que se den durante el procedimiento, “Si el médico que administra la droga anestésica conoce e interpreta los cambios fisiopatológicos debidos a la enfermedad y aquellos producidos por la anestesia misma podrá anticipar los posibles accidentes, prevenirlo y tratarlos en forma eficaz; es necesario tener el sexto sentido de la urgencia.” (Ibíd., 320)*

De ahí que es necesario que el anestesiólogo realice un correcto procedimiento anestésico¹³⁶, utilizando las mejores técnicas anestésicas¹³⁷ para el caso en cuestión y cumplir todos los

¹³⁶ *“Un procedimiento anestésico es un acto médico que tiene como objetivo aportar una o varias de las siguientes condiciones: amnesia, inmovilidad, hipnosis, analgesia, control del sistema nervioso vegetativo y homeostasis fisiológica en un paciente que cursa con un estado fisiopatológico particular y un riesgo identificable. Estas condiciones son necesarias para facilitar la realización de procedimientos diagnósticos y terapéuticos que generan dolor, ansiedad, y disrupción de la homeostasis corporal. Los procedimientos incluyen diferentes técnicas, las cuales pueden ser utilizadas para aportar analgesia (obstétrica, postoperatoria, dolor crónico) y anestesia” (PROYECTO DE ACTUALIZACIÓN DE LA “CLASIFICACIÓN ÚNICA DE PROCEDIMIENTOS EN SALUD – CUPS)*

¹³⁷ *Una técnica anestésica es un método estructurado por reglas, normas o protocolos que tienen como objetivo obtener un resultado diagnóstico o terapéutico efectivo, para lo cual se requiere destreza y pericia y además insumos farmacológicos y dispositivos médicos. Las técnicas anestésicas han recibido múltiples denominaciones en la literatura. Estas se pueden clasificar según la vía de administración, por el sitio predominante de acción, y más recientemente, por la función o el objetivo que se busca con la técnica. Recientemente, en el país se está imponiendo un nuevo término para las técnicas que buscan varios objetivos terapéuticos en los procedimientos anestésicos. Este término es: Anestesia Multimodal.*

deberes de monitorización y cuidado¹³⁸, *“La dedicación del anestesiólogo a su paciente, el estudio, la experiencia positiva, la adecuada planeación de la anestesia, la responsabilidad y sobre todo la continua monitoría, con la detallada correlación de la clínica y el laboratorio tendrán como resultado una incidencia poco significativa de complicaciones.”* (Ibíd. 352)

Otro tema de gran discusión y debate se refiere a *“... la realización de anestésicos en forma simultánea en más de un paciente también se encuentra reñida con la lex artis.”* (Pérez de Leal 170), frente a esto en Colombia se ha establecido que *“1.2.3 Monitoreo Básico Intraoperatorio 1.2.3.1 Siempre debe haber un médico anestesiólogo responsable del acto anestésico durante todo momento en la sala de cirugía. En el quirófano debe haber personal entrenado para colaborar en el monitoreo y en la ejecución del acto anestésico. 1.2.3.2 Durante el acto anestésico se debe evaluar permanentemente la oxigenación, la ventilación y la circulación del paciente.”* (Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA); por lo que es claro que no se puede presentar el caso que un anestesiólogo realice el acto anestésico en más de un paciente a la vez, ya que debe haber presencia de este galeno en todo momento durante la intervención quirúrgica. *“Otra área estudiada fue la de determinar si la práctica común de intercambios entre el personal de la anestesia es benéfica o perjudicial en el proceso de intervenciones prolongadas.”* (Urzola)

Sin embargo pueden ocurrir situaciones en que es necesario entregar el paciente a otro anestesiólogo *“1.2.4 Entrega de pacientes Cuando un anestesiólogo tiene que entregar su paciente a otro anestesiólogo, debe informarle la condición previa del paciente, el manejo*

Se puede definir como “Serie de intervenciones terapéuticas que se realizan antes, durante y después de la cirugía; están dirigidas a satisfacer las expectativas y necesidades del paciente y del cirujano, y tienen como propósito final aumentar la posibilidad de éxito del procedimiento diagnóstico o terapéutico que requiere la participación del médico anestesiólogo.” (Ibíd.)

¹³⁸ *“... hoy en día y gracias al estudio, la técnica y la vigilancia permanente (monitoría) las complicaciones mortales han disminuido bastante. En 1948 escribió el Dr. Macintosh: “no hay muertes producidas por la anestesia en sí misma... y las muertes que se presentan se deben a errores humanos y por lo tanto son prevenibles en el 85% de los casos”.* (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 319)

realizado, eventos relevantes y plan inmediato. En el registro anestésico debe quedar constancia de la entrega y de las condiciones del paciente en ese momento.” (Opcit.)

iii. **Etapa pos anestésica o reanimación.**

Al terminar la cirugía empieza la última fase del acto anestésico en donde, “... *el paciente ha de volver al estado de consciencia.*”¹³⁹, este inicia ahí mismo en la sala de cirugía, sigue en la sala de recuperación y finaliza con la visita postoperatoria; entráramos a analizar cada una de estas fases.

a) **Reanimación/ Recuperación**

Apenas termina la cirugía se busca recuperar o reanimar al paciente anestesiado ahí mismo en la sala de cirugía¹⁴⁰, “*La recuperación completa de las facultades mentales no es necesaria de inmediato, pero en cambio es indispensable la recuperación de aquellos reflejos que protegen al enfermo de una grave depresión....*” (Aguilera 274); en ocasiones se pueden dar situaciones en que se prolonga la recuperación por lo que “*Muy frecuentemente se presenta retardo en la*

¹³⁹ <http://www.tesisexarxa.net/TESIS_UB/AVAILABLE/TDX-0310105

114935//2.HIP%D3TESIS.pdf>

¹⁴⁰ “*El cuidado postoperatorio se inicia en la sala de cirugía, donde generalmente el paciente es extubado...*” (Aguilera 273)

recuperación de la conciencia en el post-operatorio inmediato y por lo tanto es importante reconocer la causa de ésta para su adecuado manejo.” (Ibíd., 280)

Durante este período se debe calmar el dolor postoperatorio para aliviar al paciente y para evitar dificultades futuras, *“El dolor postoperatorio tiene una alta incidencia y deber ser manejado adecuadamente para evitar no solo el sufrimiento sino la presentación de complicaciones mayores. Para un buen control se requiere: buena pre medicación, (...) una buena técnica anestésica y quirúrgica; una selección del analgésico apropiado, (...) la vía de administración más adecuada...” (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 317)*

b) Sala de Recuperación¹⁴¹

¹⁴¹ *1.3 CUIDADO POSTANESTÉSICO 1.3.1 En toda institución hospitalaria debe existir un sitio en donde se haga el cuidado postanestésico de todos los pacientes que hayan recibido anestesia general o regional, llamado Unidad de Cuidado Post Anestésico (UCPA), bajo la responsabilidad de un anestesiólogo cuyo nombre debe estar escrito en la UCPA, mientras exista algún paciente ahí. Debe establecerse por escrito en la UCPA, un mecanismo ágil de contacto con este anestesiólogo responsable (celular, walkie-talkie o similares). 1.3.2 El paciente que sale de sala de cirugía debe ser transportado a la UCPA o a la Unidad de Cuidados Intensivos, por el anestesiólogo que administró la anestesia, con el monitoreo requerido y oxígeno suplementario, si es necesario. El paciente debe llegar a la UCPA con un control adecuado de la vía aérea, hemodinámicamente estable y con un nivel de conciencia cercano al que tenía antes del acto anestésico. 1.3.3 En la UCPA se debe hacer la entrega del paciente al personal*

Después de realizar el procedimiento anteriormente esbozado se lleva al paciente a esta sala para seguir cumpliendo su deber de reanimación y monitorización, “La sala de recuperación es el

responsable de la Unidad. Debe incluir condiciones preoperatorias, manejo anestésico y el puntaje de Aldrete modificado en ese momento, el cual debe ser mínimo de 7, salvo limitaciones previas del paciente. Todo debe quedar anotado en la historia clínica o en el registro anestésico. 1.3.4 El cuidado médico en la UCPA debe ser realizado por personal aprobado por el Departamento de Anestesia, con entrenamiento en reanimación básica (personal auxiliar) y reanimación avanzada (profesionales). 1.3.5 En la UCPA, el paciente debe tener el monitoreo y soporte necesario acorde a su condición, similar al de sala de cirugía, por el tiempo que sea necesario, bajo la supervisión del anesthesiólogo encargado. Se prestará especial atención a la oxigenación (oximetría de pulso), a la ventilación y a la circulación. 1.3.6 En la UCPA debe haber un promedio de 1.5 camilla por cada sala de cirugía del hospital. 1.3.7. Cada paciente que se encuentre en recuperación debe contar permanentemente mínimo con los elementos para monitorizar tensión arterial, trazado electrocardiográfico y oximetría de pulso. 1.3.8 Cada cubículo debe contar con 2 tomas eléctricas conectadas a la red de emergencia del hospital, 1 fuente de oxígeno, 1 fuente de succión. 1.3.9 Debe haber: 1 auxiliar por cada tres pacientes quirúrgicos de alta complejidad. 1 auxiliar por cada cinco pacientes de complejidad baja o media. Una enfermera profesional independiente del área quirúrgica cuando se superan 6 salas de cirugía funcionando. 1.3.10 La UCPA debe contar con los elementos adecuados para practicar reanimación cerebro-cardio-pulmonar, incluyendo desfibrilador, cuyo funcionamiento debe verificarse periódicamente. 1.3.11 Los egresos deben ser autorizados por escrito en la historia o en el registro anestésico por el anesthesiólogo responsable. 1.3.12 El puntaje de Aldrete modificado para el egreso debe ser de 10, salvo que el paciente tenga una limitación previa por la cual no puede alcanzar dicho puntaje. 1.3.13 Si las condiciones del paciente exigen una permanencia superior a las 8 horas en la UCPA, éste debe ser trasladado a una unidad de cuidado intermedio o intensivo.” (Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA)

sitio donde son llevados los pacientes que han sido operados con el fin de monitorizarlos mientras se recuperan de sus dolencias agudas, se estabilizan sus signos vitales y reciben el tratamiento adecuado para su estado.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología. 227)

El anestesiólogo debe estar con el paciente durante toda su reanimación *“Luego de culminada la practica que requirió la insensibilización del paciente el anestesista debe continuar junto al asistido hasta su total reanimación, esto es, hasta que recupere los signos vitales y se estabilice.”* (Pérez de Leal 170)

En esta sala se deben cumplir estrictos requisitos para ingresar al paciente además de exigencias en la estructura, funcionamiento de la sala; en cuanto a los primeros se admiten pacientes que:

1. *“...hayan recibido anestesia general o anestesia local, (...)*
2. *Que requieren cuidado medico continuo, (...)*
3. *Los que hayan sido programados para cirugía pero necesitan monitoria y atención médica especial antes de la intervención, (...)*
4. *No deben ingresar los familiares y amigos del paciente, salvo casos excepcionales y con previa aprobación del equipo médico. (...)*
5. *Tampoco debe realizarse en ella ninguna intervención quirúrgica, con excepción de los procedimientos propios de la reanimación. (...)*” (Opcit.)

Ya en cuanto a los requisitos de funcionamiento y estructura de la sala se puede mencionar la Resolución 1712 de 2005 del Ministerio de Salud y Medio Ambiente, *“Apruébanse las normas e instrumentos para la habilitación categorizante de los servicios de quirófanos como anexo de Consultorios, Centros Médicos, Servicios Médicos y/u Odontológicos de Urgencia e Institutos y el Listado de procedimientos de Cirugía Menor Ambulatoria y Cirugía Mayor Ambulatoria.”*

- *Que por el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 911/04 se encomendó a la DIRECCION DE CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD elaborar, un proyecto de normas e instrumentos para la habilitación categorizante de los servicios de cirugía ambulatoria en el ámbito de fiscalización del Ministerio de Salud y Ambiente.*
- *Que ante el incremento de procedimientos quirúrgicos ambulatorios, es necesario precisar cuales de ellos y en que ámbito es posible su realización, teniendo en cuenta los parámetros establecidos a nivel internacional.*
- *Que importa esclarecer la diferencia existente entre la capacidad de resolución quirúrgica que deben ofrecer los distintos prestadores de servicios de cirugía.*
- *Que resulta relevante establecer no sólo las consideraciones edilicio-estructurales, de equipamiento y de recurso humano de los ámbitos donde se desarrollan estas prácticas, sino también las condiciones psicofísicas de los pacientes susceptibles de ser sometidos a estos procedimientos, además de la variabilidad clínica de las patologías.*

Esta Resolución establece unos requisitos de estructura, forma y funcionamiento de las salas de cirugía o de recuperación ya sean para intervenciones médicas de mayor o menor grado; tales como el lugar donde tienen que estar ubicadas, sus dimensiones, sus criterios sanitarios, de salubridad, requisitos en cuanto a los equipos que tienen que estar presentes y disponibles, entre otros.

En cuanto a los cuidados básicos en esta sala, es necesario tener claro que el cumplimiento de estos permitirá una mejor recuperación del paciente, de manera escueta se enumerarán los cuidados que es necesario tener en cuenta:

1. *“Entregar el registro anestésico y explicar a la persona responsable de la sala las condiciones generales del paciente y las características de la intervención, con especial énfasis en el diagnóstico, el tipo de intervención y la duración de la misma, las drogas*

utilizadas, el volumen y tipo de líquidos (...), así como las complicaciones y problemas presentados. (...)

2. *Ordenar el tipo de cuidados, (...) Cada una de las ordenes debe ser explicada claramente a los miembros del equipo, anotadas en la historia clínica y firmados por el anesthesiólogo. (...)*
3. *Monitorizar al paciente, (...) Toda complicación debe ser tratada inmediatamente y anotada en el registro de recuperación junto con la explicación de sus posibles causas, el tratamiento instaurado y la evolución del caso.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología. 228)*

Ya al final el paciente será dado de alta de la sala de recuperación si cumple con los criterios de egreso:

1. *“Recuperación completa de la conciencia, respuesta a cualquier estímulo y buena orientación en el tiempo y el espacio. (...)*
2. *Pulso fuerte, regular y rítmico, (...)*
3. *Consignación y explicación clara de las notas de evolución y órdenes medicas en la historia clínica. (...)” (Ibíd. 229)*
4. *“... debe quedar perfectamente aclarado que la actividad del especialista no culmina cuando el paciente se despierta de la anestesia, sino que requiere seguimiento por parte del facultativo hasta el momento del alta del enfermo.” (Pérez de Leal 170)*

Si se cumplen los mencionados criterios el anesthesiólogo dará la orden de salida de la sala de recuperación, *“Una vez llenados los requisitos anteriores, el anesthesiólogo ordena y firma la hoja de salida de la sala de recuperación, (...) Debe quedar constancia por escrito de la*

fecha, hora y nombre de los médicos que fueron llamados para evaluar al paciente; también debe registrarse si el médico no acudió al llamado urgente así como las posibles causas de ello.” (Opcit. 230)

Al ser dados de alta los pacientes pasan de la sala de recuperación ya sea a la sala de hospitalización o si son pacientes ambulatorios¹⁴² a su casa, de ahí sigue la visita pos anestésica, *“De la sala de recuperación los pacientes son trasladados a la sala de hospitalización o a su domicilio si son pacientes ambulatorios, o a la de cuidados intensivos si sus condiciones se tornan críticas.” (Ibíd. 227)*

c) Visita pos anestésica

Esta la realiza el anestesiólogo que ha desarrollado todos los procedimientos inmersos en el acto anestésico y con ella se busca *“... evaluar el estado del paciente y su evolución post-operatoria, para reconocer complicaciones tardías de la anestesia.” (Aguilera 285);* además es un espacio para la retroalimentación entre paciente y anestesiólogo, *“También es importante interrogar al paciente sobre la calidad de la anestesia y sus impresiones respecto a ella, para evaluar y corregir posibles fallas en su próxima oportunidad.” (Ibíd.)*

¹⁴² *“La cirugía ambulatoria es el proceso mediante el cual se le ofrece al paciente los servicios de anestesia, cirugía y vigilancia médica continua durante un periodo de un día, para luego regresar a su casa y pasar allí la noche.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología. 304)*

Realizada esta visita termina el acto anestésico, *“La visita post-operatoria debe realizarse en todos los pacientes que hay recibido anestesia general o regional, terminando así el acto anestésico.”* (Ibíd.)

3.Registro Anestésico¹⁴³

Durante el desarrollo del acto anestésico y de las obligaciones y deberes inmersos en las diferentes fases, se habla del registro anestésico¹⁴⁴, éste se define como “... *la descripción de la monitoría pre, trans y post operatoria del paciente así como la aplicación de drogas y líquidos.*”

(Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 65)

Se caracteriza por “...*una serie de símbolos fácilmente entendibles por los médicos que hacen posible el registro de los acontecimientos en un diagrama exacto que tiene el número de la historia, nombre de la institución, fecha, nombre completo del paciente, edad, sexo, estado físico, peso, estado patológico preoperatorio, terapia previa, cirugías anteriores, planos de anestesia, región operatoria, duración de la intervención, datos de la monitoría clínica y de laboratorio, drogas utilizadas, anestésicos y coadyuvantes utilizados, accidentes (...)* complicaciones, posición del paciente, discusión sobre toma de decisiones, cuidados postoperatorios, ordenes (...). Cada registro debe llevar el nombre y la firma responsable del anesthesiólogo.” (Ibíd.)

¹⁴³ “1.2.2 Registro Anestésico Debe incluir: 1.2.2.1 Aspectos clínicos relevantes para el procedimiento anestésico. 1.2.2.2 Monitoreo del paciente. 1.2.2.3 Drogas administradas. 1.2.2.4 Líquidos administrados. 1.2.2.5 Técnica empleada. 1.2.2.6 Estado del paciente al final del acto anestésico.”

(Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA)

¹⁴⁴ “Todas las acciones del periodo anestésico deberán anotarse en el expediente clínico del paciente.”

(Uribe- Velásquez)

Este documento tiene una naturaleza legal que lo hace de obligatorio cumplimiento, *“El registro anestésico es también un documento médico y legal que debe llevarse obligatoriamente y ser completo, legible, verídico claro y preciso.”* (Álvarez, Cirugía: Anestesiología.52); en éste documento consta la descripción de lo ocurrido en la intervención médica por lo que se *“...describen, explican, comunican, deciden y enfrentan las situación y riesgos a los cuales se somete al paciente.”* (Ibíd. 50).

De lo anterior se colige que este registro puede ser utilizado en diferentes circunstancias, *“...documento útil en las investigaciones de drogas, técnicas o procedimientos anestésicos y en asuntos éticos o legales; su utilidad también se extiende al aprendizaje, la autoformación y la autocritica. (...) es un documento estadístico (...) porque permite conocer la incidencia de enfermedades y la morbilidad y mortalidad asociadas al uso de determinadas drogas y técnicas anestésicas o quirúrgicas.”* (Ibíd. 49)

Por último cabe anotar que es un documento de gran importancia ya que *“... de llevar un buen registro se recuerda el caso de varios médicos quienes a pesar de haber realizado de la mejor manera el tratamiento anestésico-quirúrgico de un determinado paciente y que por esas cosas del destino éste se complicó y falleció... el caso fue demandado por los familiares... las cosas se complicaron para el médico pues no pudo comprobar la buena fe de sus actuaciones precisamente por la falta de un documento escrito de los hechos sucedidos en la sala de cirugía.”* (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 66)

4. Anestesia en situación de Urgencia Médica

“La anestesia para un paciente que debe ser operado de urgencia, es uno de los grandes retos para el anestesiólogo pues generalmente las condiciones (...) del paciente no son las mejores. (...) El manejo del paciente de urgencias, tiene algunos principios generales, sin embargo debe siempre ser individualizado.” (Aguilera 263)

Frente a estas situaciones los riesgos que se presentan son mayores, por lo que se incrementan los cuidados, deberes y obligaciones, por ello las actuaciones deben ser precisas y eficientes; en estas circunstancias es claro que unas de las etapas del acto anestésico no se da concretamente, como la preanestésica, ya que el paciente llega ya en estado de shock, por lo que debe ser intervenido inmediatamente (etapa de inducción anestésica), ya después de controlada la urgencia se siguen con las otras fases del acto anestésico, la post anestésica.

Se entrará a analizar los riesgos que se pueden dar durante el acto anestésico.

C. Riesgo anestésico

Como ya se ha venido discutiendo a lo largo de este trabajo la medicina es una profesión que implica diferentes tipos de riesgos a la hora de su practica, *“... es un hecho que la practica medica puede provocar lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley. Debido a esta circunstancia, algunos abogados han inferido, con poca profundidad en el análisis, que la medicina es una actividad peligrosa. En este sentido se pretende demostrar por que no es valida esa afirmación.”* (Guzmán 27)

La medicina no es un actividad peligrosa¹⁴⁵ ya que lo que se busca con la intervención médica es una solución y un beneficio a las dolencias del paciente, curarle su salud y mejorar sus condiciones de vida, *“Esto quiere decir que la practica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legitimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente. Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.”* (Ibid. 29); además *“... el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, per se no quiere decir nada.”* (Ibid. 30)

¹⁴⁵ *“... ha de tenerse al ejercicio medico como un papel determinado, que la comunidad en el plano social y el Estado en el plano institucional, ha acordado como permitido y necesario así deba reconocerse y aceptarse la inclusión del riesgo dentro de su práctica.”* (Guzmán 30)

Hay ciertas actividades que están inmersas en un riesgo constante, un ejemplo es la medicina, pero hay que reconocer que es un riesgo que está dentro de los lineamientos jurídicos, “De acuerdo con Jackobs: un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal; por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados.” (Ibíd.); claro está que el médico debe actuar con toda la diligencia y precisión posibles, para luego no tener que entrar a responder por negligencia. “De esta manera se explica que el riesgo inherente al acto médico, sea asumido como normal por el paciente y por el mismo médico quien, dicho de paso, debe calcularlo con precisión, con el fin de no exponer al paciente a un peligro mayor del necesario. Si traspasa este límite previsto, estaría obrando culpablemente.” (Ibíd. 31)

En razón a lo anterior se entiende entonces que el que asume¹⁴⁶ el riesgo es el paciente¹⁴⁷, ya que es él quien voluntariamente acepta ser intervenido o no por parte del médico¹⁴⁸, y por su parte el

¹⁴⁶ “Pero es claro que en materia médica ese triple riesgo debe asumirlo alguien. La Ley y la jurisprudencia que tiene por objeto realizar la verdadera justicia deben escoger la persona que asuma los riesgos de la prestación médica. O los asume el paciente o los asume el médico. Tradicionalmente se ha dicho que el riesgo pertenece al primero, posición que nosotros compartimos. Los argumentos son de diversa índole, siendo el principal el de la dificultad para lograr el resultado querido, el de la no exigibilidad de otra conducta, la justificación del hecho o el fin noble perseguido por el médico.” (Tamayo, Tomo I 1095)

galeno debe cumplir su deber de información para así luego lograr constituir el consentimiento informado¹⁴⁹. *“En esta forma se entiende que ante el riesgo, mas o menos grande, que entraña toda intervención médica, corresponde al paciente, y no al médico, tomar la decisión y asumirlo.*

¹⁴⁷ *“Todo procedimiento médico tiene riesgos. El problema actual es que se tiende a trasladar dicho riesgo al médico, sin una razón suficiente. Anteriormente e enfermo era consciente de su estado y asumía las consecuencias del tratamiento, sin inculpar la médico por el fracaso. Era una posición responsable que se basaba en el principio de la buena fe reciproca: el paciente era sincero con el médico y le descubría se cuerpo y alma; iba a él en busca de ayuda y confiaba en que el médico, a su vez, haría lo que estuviera a su alcance para obtener la recuperación de la salud. Si no se lograba, no había reclama. Ambos sabían que se ha había intentado y hecho todo lo posible.”* (Opcit. 37)

¹⁴⁸ *“Obviamente, el principio de autonomía del paciente tiene un límite: el del actuar ético del médico, que ha jurado servir a la humanidad respetando la ley. Por ello, cualquier determinación del paciente, por más libre y autónoma que se pretenda, no obliga a un profesional que considere esta decisión absurda o contraproducente. Secundar al enfermo en su irresponsabilidad es participar conscientemente del daño que esa decisión pueda producirle.”* (Ibíd. 32)

¹⁴⁹ *“... a pesar de que se tomen todas las precauciones aconsejadas por la Lex Artis /entendiendo por Lex Artis, aquella conducta y cuidados recomendados, por literatura médica internacional), los riesgos potenciales, que seguramente hemos advertido a nuestro paciente a través de una carta de consentimiento informado, pueden hacerse manifiestos en cualquier momento del acto anestésico, y convertirse en complicaciones graves, lo cual representa para el médico anesthesiólogo tratante, no sólo una desagradable experiencia, sino una serie de cuestionamientos acerca de su proceder profesional. A partir de este indeseado momento, el médico anesthesiólogo puede empezar a vivir una experiencia catastrófica.”* (Moreno-Alatorre)

Si el paciente no esta de acuerdo con la opción, que el médico presente, puede elegir libremente a otro profesional que se haga cargo del asunto. Si el paciente propone o escoge una opción con la que el médico tratante no convenga, puede retirarse del tratamiento, como lo autoriza el artículo 7 de la Ley 23 de 1981, que a la letra dice: "... cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos: (...) c) que el enfermo rehusé cumplir las indicaciones prescritas." (Ibíd. 32)

Hay que reconocer que al momento de actuar un médico debe ser muy prudente con su ejercicio, para que de esta manera se logre utilizar las mejores técnicas posibles y se alcance la salud del paciente, *"Desde el punto de vista del ejercicio médico, la capacidad de prever razonablemente se juzga de acuerdo con lo que hubiese hecho un médico de similares características, educación y altura académica de la que posee aquel que ocasiona un daño. Lo anterior, se debe a los diferentes grados de complejidad que pueden conllevar los actos médicos, cuya naturaleza hace imposible asimilar la previsión a la de un ser humano normal, o incluso poner en la misma escala a sujetos con diferentes especialidades." (Ibíd. 33);* pero hay que tener en cuenta que como es una actividad que incurre en tantos riesgos es imposible prever todo lo que podría llegar a pasar, así este actuando con la mayor prudencia, cuidado y responsabilidad posible, *"Y si bien es cierto que a mayor cantidad y calidad de estudios y especialidades, debe exigirse un mayor cuidado, no se puede llegar al extremo de suponer la previsibilidad del ciento por ciento de las posibilidades, por razones obvias: en el cuerpo humano y en la acción terapéutica siempre esta presente, de una u otra forma, el azar. La medicina no es una ciencia exacta, y no todos los pacientes responden de idéntica manera." (Ibíd.)*

La manera en que el médico previene posibles complicaciones puede ser considerada a manera de fases, con las cuales se podría llegar a comprender de mejor forma la diligencia médico profesional, “... *prevenir es tomar todas las disposiciones necesarias para que un resultado dañoso no tenga efecto. La toma de decisiones es la selección de un curso de acción entre alternativas. Constituye entonces el eje de la planeación. El proceso que conduce a la toma de una decisión incluye: (...)*” (Ibíd.)

1. **Elaboración de premisas** “*Basada racionalmente, entendiendo las alternativas y con el franco deseo de llegar a soluciones. La racionalidad se limita por factores como tiempo, información y certeza.*” (Ibíd.)
2. **Identificación de alternativas** “*Se basa en la más correcta información y en la ayuda de los subalternos e iguales. Factor limitante a estas alternativas es aquello que se opone al logro de un objetivo deseado. Una vez superado, se puede seleccionar el mejor curso de acción.*” (Ibíd.)
3. **Evaluación de alternativas** “*Debe hacerse a la luz de factores cuantitativos (medibles) y cualitativos (intangibles). También debe tenerse en cuenta al análisis marginal (ingresos adicionales vs. costos adicionales) y la relación costo-beneficio.*” (Ibíd.)
4. **Elección de una alternativa** “*Para esto se puede utilizar la experiencia (bien entendida como el aprovechamiento de las lecciones del éxito y el fracaso), la experimentación*

(que tiene peligros por sus costos) y la investigación analítica (utilizando el método científico y el desarrollo de modelos).” (Ibíd.)

Al llevar este ejercicio mental a la práctica médica y sobre todo en la anestesia, se puede reconocer que esta fase se identifica claramente con la etapa preanestésica, ya desarrollada, ya que en esa particular etapa, el anesthesiólogo analiza la situación particular del paciente y empieza a realizar y mirar las medidas y técnicas que usará.

De lo anterior se colige que al momento en que un médico actúa debe hacerlo de manera individual, ya que cada paciente involucra condiciones diferentes¹⁵⁰, *“Como se aprecia, la toma de decisiones es un proceso intelectual complicado, que debe juzgarse a la luz de cada caso individual, atendiendo a la norma de excelencia del momento y a la teoría de probabilidades respectiva.” (Ibíd. 34)*

¹⁵⁰ *“Quiere esto decir que juzgar el caso individual es sumamente difícil. No se puede condenar por las complicaciones del tratamiento simplemente porque ellas ocurran. El nivel de abstracción del juez y sus conocimientos específicos deben ser de tal magnitud que le permitan emitir su sentencia con el máximo de seguridad posible y con la mayor tranquilidad de conciencia.” (Opcit. 36)*

Se parte entonces de una situación en donde no hay certeza, por lo que el galeno al realizar la evaluación mental ya descrita tiene que tomar en cuenta diferentes elementos¹⁵¹, tales como el riesgo¹⁵², tema en cuestión; *“Las decisiones en condiciones de incertidumbre se pueden enfocar como: 1. Análisis de riesgos, basados en la opinión de los especialistas del grupo tratante. 2. Árboles de decisión, que evalúan los puntos de decisión, los acontecimientos fortuitos y las probabilidades existentes, con lo cual se pueden evaluar las alternativas principales, mostrando los aspectos críticos y un proceso de razonamiento lógico en la decisión.”* (Ibíd.); pero eso no significa que responda por ese riesgo, porque es imposible prever todas las situaciones que se pueden llegar a presentar, *“La ciencia no es infalible y el Estado no siempre es garantista de los hechos de sus asociados. Mal pudiera entonces el personal de salud que trabaja en los hospitales y consultorios, ser infalible ni garantista de un hecho que implique riesgo para la integridad de una persona. Aun contando con los recursos tecnológicos y humanos más complejos, puede equivocarse. Pero la equivocación no entraña responsabilidad, sino cuando obedece a algún tipo de culpa por negligencia, descuido, imprudencia o impericia.”* (Ibíd. 38)

¹⁵¹ *“Como en medicina los efectos unicastales son prácticamente imposibles, debemos manejarlos con un concepto de regularidad y tomar en cuenta que en este tipo de complicaciones inciden un gran espectro de condiciones endógenas y exógenas que rodean al paciente...”* (Pérez de Leal 162)

¹⁵² *“Lo anterior quiere decir que, al evaluar el riesgo de un tratamiento, debe tenerse en cuenta el tipo de paciente, el campo de especialización del médico que lo atiende, los recursos de los cuales dispone, el momento de la enfermedad en el cual consulta, lo típica que sea la presentación de su enfermedad y otro número de variables.”* (Opcit.)

En razón a lo anterior es que hoy se toman en cuenta otro tipo de elementos para establecer si hay o no responsabilidad del médico, tema que será analizado posteriormente. *“Hoy, infortunadamente, el mundo ha cambiado de la confianza reciproca al provecho personal. Las relaciones entre las personas no se fundan en la bona fides de los antiguos, sino en su seguridad. Y este cambio en el comportamiento social ha hecho más difícil el desarrollo de actividades que, como la que nos ocupa en este escrito, entrañan riesgo.”* (Ibíd. 37)

Frente al riesgo anestésico¹⁵³ en particular se puede definir el riesgo¹⁵⁴ como *“... el peligro, la contingencia de un daño. Es la posibilidad que existe, cuando se ejecuta un acto, que suceda un evento no deseado. En anestesia en particular, el riesgo que evaluamos es la probabilidad que nuestro paciente tiene de que, a consecuencia del acto anestésico, sufra una lesión, la que puede llegar hasta el daño cerebral severo o a la muerte.”* (Galindo)

¹⁵³ *“El anestesiólogo es el médico que utiliza las drogas más potentes y peligrosas que se tiene en el armamento clínico y por lo tanto debe evaluar muy precisamente como actúan esa drogas, qué efectos tienen en el organismo, cómo se metabolizan, qué duración tienen cuáles son las posibles complicaciones, cómo se previenen y cómo se tratan.”* (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 319)

¹⁵⁴ *“Es causa de preocupación de todas las personas que ejercen un arte, un oficio o una profesión, tratar de detectar sus fallas, para mejorar el desempeño profesional. Entonces, esto es común entre los médicos, (...) En ella se requiere de la atención permanente del profesional que está a cargo del paciente. Se sabe que el mínimo error, tolerable en otra especialidad, en anestesiología fácilmente se puede convertir en una catástrofe.”* (Urzola)

Los riesgos inmersos en esta profesión no se presencian solo en el paciente que ha sido intervenido con anestесias, sino que también quien la administra, *“El anesthesiólogo o la persona que administre la anestesia por razones de su trabajo está sometido a riesgos que pueden poner en peligro su vida y la de las personas allegada.”* (Álvarez, Cirugía: Anesthesiología. 10); los riesgos que soporta el médico anesthesiólogo se relacionan con, *“...los gases anestésicos, el exceso de trabajo y el estrés físico y psíquico. (...) el anesthesiólogo está sometido a otros riesgos como son las quemaduras eléctricas, las infecciones graves, la demanda penal y las acciones violentas contra su vida por complicaciones o accidentes durante el desenvolvimiento de su trabajo.”* (Ibíd. 11)

Es por ello que se puede tratar de evitar los riesgos mencionados si el anesthesiólogo cumple una serie de medidas que permitirán su propio cuidado; *“Las siguientes son unas recomendaciones útiles para disminuir los riesgos profesionales del anesthesiólogo:*

1. *Utilizar sistemas para la evacuación de los gases anestésicos acumulados en el medio ambiente quirúrgico, de tal manera que no sean inhalados por el personal que allí trabaja. (...)*
2. *Cumplir estrictamente con la jornada laboral, (...)*
3. *Procurar que las mujeres embarazadas no trabajen en las salas de cirugía, (...)*
4. *Cumplir con las normas de seguridad, (...)*” (Ibíd.)

Ya respecto a los riesgos a los que puede estar expuesto el paciente se puede empezar por anotar que la Clasificación ASA, de la cual ya se había hablado, permite clasificar a los pacientes según

su estado físico y se ha logrado encontrar un vínculo entre ésta y el riesgo anestésico como tal¹⁵⁵.

“La clasificación de estado físico de la American Society of Anesthesiology ASA no es en sí misma una clasificación de riesgo anestésico, pero se ha encontrado una correlación entre esta clasificación y la morbimortalidad en anestesia. Por ello, es un factor importante en nuestra evaluación. Sin embargo, debemos saber que esta clasificación tiene sus limitaciones. Como es tan sencilla para que sea práctica, sucede que pueden existir diferencias de opinión entre anesthesiólogos frente a un mismo paciente respecto a su clasificación. Por otra parte, existen causas de muertes anestésicas que no tienen ninguna relación con el estado físico.” (Galindo.)

Pero la mencionada Clasificación no es lo único que hay que tomar en cuenta a la hora de precisar el riesgo, son muchos factores los que están inmersos en este ejercicio, el problema es que son de difícil determinación¹⁵⁶, *“Se ha dicho sin embargo, que resulta difícil comparar la incidencia de morbi-mortalidad, por la prevención de los colegas y de las entidades y compañías de seguros de dar información al respecto. No se cuenta con muchos estudios a gran escala. Otro factor de dificultad se encuentra en las diferencias que existen para definir el incidente anestésico.”* (Ibíd.)

Frente al problema descrito ciertos expertos han considerado que es necesario tomar como factor del riesgo el cuidado que debe tener el anesthesiólogo frente a sus pacientes, ya que de este se desprenden situaciones que inciden en la salud, estabilidad y mejoría del enfermo. *“El Dr. Caplan ha observado que existe una relación entre la severidad del daño y la manera como se juzga el cuidado que tuvo el anesthesiólogo en el manejo de su paciente. Ha afirmado que “los*

¹⁵⁵ *“... la aparición de una complicación grave en sus pacientes, durante un acto médico-anesthesiológico, cuanto más me convenzo que estas amargas experiencias, tienen una tendencia natural para convertirse en verdaderas catástrofes, debido a que conllevan implicaciones: morales, éticas, médico-legales, socio-económicas, profesionales e institucionales, tanto para el médico anesthesiólogo, como para su paciente, y los familiares de ambos.”* (Moreno-Alatorre)

¹⁵⁶ *“Por temor a las consecuencias legales, no se publican las evaluaciones francas y honestas de culpa, asociadas con una duda bien fundamentada. Este anonimato no permite tener en Colombia un estudio complejo y por tanto nos limitamos a seguir los viejos métodos anestésicos de riesgo o se siguen los estudios de. Nuestros patrones modernos.”* (Opcit.)

daños no discapacitantes se asocian con más frecuencia a un mejor cuidado, la muerte y la invalidez se relacionan más a un cuidado menor que el apropiado”. Esto podría propiciar que quienes juzguen el caso, incluso otros anestesiólogos, ante un resultado muy desfavorable para el paciente, estén predispuestos a hacer juicios más severos, en tanto que un daño menor despierte menos críticas.” (Ibíd.)

Otro elemento de análisis en el riesgo anestésico es el actuar con pericia y diligencia, componentes que van de la mano del deber de cuidado ya descrito, *“Es evidente, como se ha dicho, que una manera de prevenir los resultados adversos es tomar todas las precauciones para evitar su ocurrencia. Esto es posible, pues se ha determinado que muchos de los accidentes anestésicos eran evitables.” (Ibíd.);* además de esto existen otros factores que sirven de punto de análisis, *“... la educación de los anestesiólogos en formación, la educación continuada de los ya formados, las normas de seguridad de las Sociedades de Anestesiología, la difusión de información sobre seguridad, como lo hacen las diferentes revistas científicas, o entidades como la Anesthesia Patient Safety Foundation APSF, con su publicación trimestral, la dotación en equipamiento y monitoría de las entidades hospitalarias y las nuevas drogas que ofrecen más seguridad al paciente y menor probabilidad de complicaciones.” (Ibíd.)*

Se entrará a analizar unos de los factores anteriormente descritos:

1. Educación

Este es quizás de los medios más importantes a la hora de reducir riesgos, no sólo porque quien administre la anestesia debe ser un profesional en esta rama de la salud, sino que también es importante evaluar y estar al tanto de las novedades en materia de anestesiología. En nuestro país la Ley 6 de 1991 busca que se cumpla de manera eficiente y directa esta premisa.

“Un sistema eficiente de enseñanza, capaz de formar anestesiólogos con los conocimientos teórico prácticos necesarios que les permitan reconocer y tratar las anomalías en el pre-trans y postanestésico, es indispensable para reducir la morbilidad y mortalidad anestésica, (...) La constante introducción de nuevas drogas, equipos y monitores, los nuevos conocimientos sobre mecanismos de acción, interacción y toxicidad de las drogas en uso, indican la necesidad de un programa propio de educación continuada. El uso de simuladores puede ser de gran auxilio para desarrollar habilidades y debería ser estimulado su uso.” (Urzola.)

“Es por ello por lo que se insiste tanto en la preparación y actualización del anestesiólogo para que se garantice su idoneidad, como también se exige la adecuada dotación y mantenimiento de las máquinas de anestesia, equipos de monitores y otros elementos de trabajo.” (Ibíd.); tema que se verá después en relación a la responsabilidad civil médica por el hecho de las cosas y que tiene relación con las obligaciones de seguridad que debe tomar en cuenta el anestesiólogo.

2. Selección de técnicas y equipos

Esto ya había sido descrito en el capítulo de acto anestésico, pero es necesario dejar claro que esta carga del anestesiólogo puede conducir a la producción de riesgos en la intervención, es por esta razón que se deben tomar todas las medidas conducentes a evitarlo. *“Debe tenerse en consideración que cualquier aumento en la complejidad de estos, tornará el sistema en uso más vulnerable a incidentes. Cada droga anestésica debe ser seleccionada por sus efectos específicos y usada en la menor dosis que produzca el efecto deseado. (...) Todo y cualquier equipo deberá ser sometido a tests de funcionamiento antes del inicio de la anestesia y a revisiones periódicas que eliminen posibles fallas.”* (Ibíd.)

Frente a los equipos utilizados en las anestесias cabe decir que muchas veces estos pueden fallar, esto será tema de análisis posterior, pero es importante aclarar que las complicaciones que se pueden presentar deben ser solucionadas de inmediato, es por ello que el anestesiólogo debe ser un profesional capaz de dirimir situaciones conflictivas de manera eficiente y diligente para evitar la muerte. *“Es un error humano o una falla de los equipos, que si no se detecta y corrige a tiempo, puede ocasionar morbi-mortalidad. Variando desde la permanencia aumentada en el hospital (o en la sala de recuperación o UC!). Hasta la muerte.”* (Ibíd.)

Es por ello que el anestesiólogo debe ser capaz de tomar las técnicas y medidas correctas en situaciones críticas y complicadas, no olvidando sus otros deberes de vigilancia y monitorización, *“Los errores técnicos. En que la acción realmente ejecutada, no fue la pretendida, originándose éstos de deficiencia técnica como de "precarios factores humanos". - Los errores de juzgamiento en los cuales la acción ejecutada fue una mala decisión, originada de lapsos en el entrenamiento o por causa de poca habilidad para tomar decisiones. - Falla de monitores y vigilancia (definida como falla de reconocimiento o acción sobre datos visibles) que exigen una respuesta oportuna.”* (Ibíd.); las mencionadas situaciones son las que podrían conllevar a una acción de responsabilidad civil médica.

3. Vigilancia y Monitorización

Deber de vigilancia y monitorización constantes y permanentes, que ya habían sido objeto de estudio y que son totalmente necesarios para evitar futuros riesgos, ya que cumplido éstos se

están evitando caer en responsabilidades civiles a futuro¹⁵⁷. *“Esto es identificado con la vigilancia, definida como la capacidad de mantener la atención durante todo el procedimiento. Para esto se requiere la presencia en la sala de operaciones del anesthesiólogo para proporcionar los cuidados que requiera el paciente. Recomendación constante de todas las sociedades de anestesiología en el mundo; este punto constituye el número uno para monitorizar la práctica de la anestesia.”* (Ibíd.)

La actividad del anesthesiólogo puede incurrir en errores no sólo en su actuar como tal, en la técnica que usa, sino que también al no tomar las medidas de seguridad necesarias, tema que como ya se dijo se analizará después. *“El error humano conlleva a dos variantes; la vigilancia deficiente (no detectar desconexiones de oxígeno o detención de un ventilador); y errores de juzgamiento (no reconocer una intubación esofágica...”* (Ibíd.)

4. Protocolos

Formalidades que es menester cumplir al pie de la letra para que sea posible responder a cualquier tipo de circunstancia riesgosa que se lleguen a presentar. *“Debe tenerse un "mapa mental" definido para prevenir y orientar las acciones en todas las situaciones de riesgo para el paciente. Entre otros, protocolos para reanimación cardiopulmonar y de manejo de hipertermia maligna.”* (Ibíd.)

Existen varios análisis de riesgos que buscan cooperar en el actuar anestésico, por su parte la Doctora Elizabeth Pate-Cornell realizó un estudio de riesgos en el que estableció una teoría que se basa en que los riesgos y complicaciones que luego terminan en dificultades de tipo legal, ético y de salud, no solo se configuran por el actuar del anesthesiólogo, *“Ha trabajado construyendo la estructura de un modelo matemático para el análisis de los accidentes anestésicos. De acuerdo al mismo, cuando se inicia un evento nocivo, se genera una señal que indica la existencia de un problema. La señal debe luego ser detectada, quien la detecte se presume que inicia una acción correctiva. Si esta es adecuada y se realiza a tiempo, representará un tratamiento exitoso. Si la acción correctiva no es exitosa, el anesthesiólogo detectará una nueva señal que indica que el problema persiste y seguramente se ha agravado. De esta manera, continúa el círculo. Si el evento iniciador no se detecta y corrige eficazmente y pronto, el tiempo que va pasando puede en algún instante terminar en daño cerebral o muerte.”* (Galindo)

¹⁵⁷ *“... en el caso de que se presente una complicación, y seamos demandados por su causa, el hecho de haber tomado estas precauciones de vigilancia – monitero -, nos abre la posibilidad de que la demanda judicial, no prospera.”* (Moreno-Alatorre)

Se dice entonces que las fallas en el acto anestésico pueden provenir de otros eventos que no son solo por descuidos o negligencias del médico anesthesiologo¹⁵⁸ y que son propuestas en la teoría de la Doctora Pate-Cornell: "... 1. *Falla en el equipo*, 2. *Falla del sistema respiratorio*, 3. *Errores con drogas*, (...) 5. *Hemorragias...*" (Ibíd.); y otras circunstancias de error que enuncian otros doctrinantes, como los que menciona Urzola, "*1. Falla en aplicar los conocimientos*, 2. *Mal patrón de práctica*, 3. *Falla organizacional*, 4. *Falla de experiencia*, 5. *Falla de los equipos*. *El montaje de estrategias preventivas en relación con los accidentes en anestesia, requiere una postura mental identificada con el reconocimiento de los riesgos y el deseo de aumentar los conocimientos, las habilidades y los recursos disponibles para darle seguridad a los anesthesiologos.*" (Urzola)

Respecto a los diferentes errores que se pueden dar y los ya descritos, se podrá reconocer ciertas situaciones en donde una sola falla conduce a la catástrofe anestésica total¹⁵⁹, "*El Dr. David Gabba nos habla de la "cascada del accidente anestésico". El problema se origina en un INCIDENTE, que si se detectara a tiempo, evitaría el accidente. El mismo puede suceder en la evaluación del paciente, en el chequeo del equipo, en el manejo de la anestesia (plan y habilidad), en el desarrollo de la cirugía (plan, habilidad). Con frecuencia, a un pequeño incidente, en sí mismo in-trascendente, se le suma otro, también de menor cuantía y en ocasiones un tercero. Esta suma de pequeños errores, cuando no se está atento, hace que un incidente se convierta en un INCIDENTE CRITICO y, si no se corrige a tiempo la cascada, termine convertido en el ACCIDENTE que tanto tememos.*" (Ibíd.)

¹⁵⁸¹⁵⁸ "*Ningún anesthesiologo razonable puede creer que las muertes y lesiones son ocasionalmente debidas a errores, lapsus o fallas prevenibles. Por lo tanto. la posible bondad de esas condiciones para evitar futuras recidivas, está sujeta a dudas. Muchas técnicas actualmente aceptadas podrian ser consideradas como constituyendo impericia 20años atrás.*" (Urzola)

¹⁵⁹ "*Todo acto anestésico conlleva riesgos o peligros, que pueden ser bajos, moderados, o altos. Son en general los riesgos moderados y altos, los que de no ser prevenidos, identificados y/o tratados tempranamente, pueden traducirse en complicaciones graves, tributarias de una demanda judicial.*" (Moreno-Alatorre)

Se llega entonces a diferentes premisas que para el estudio de éste trabajo son:

“1. La anestesia tiene riesgos. (...)

2. Son posibles las ocurrencias de accidentes en anestesia y no siempre ellas son resultado de errores del anesthesiólogo. (...)

6. Por grande que sea el grado de evolución de la anestesia en determinada área o institución. La tasa de mortalidad (muertes totalmente debidas a la anestesia) nunca llegará a cero. Esto configura el riesgo inherente al acto anestésico. Aunque sea extremadamente pequeño. (...)

9. Un número significativo de muertes ocurren en el periodo de recuperación post anestésica. Casi siempre por falta de una adecuada sala de recuperación post anestésica. Configurando la responsabilidad del propio hospital para con la seguridad de los pacientes internados.” (Urzola)

Aun así el paso de tiempo y las nuevas tecnologías¹⁶⁰ no pueden llegar nunca a evitar completamente el riesgo inmerso en el acto anestésico¹⁶¹, *“La evolución médica ha permitido que se corrijan muchos de los vacíos científicos y que los resultados sean mejores. Pero hoy seguimos observando que muchas personas sometidas a anestesia, buena parte de ellas en buenas condiciones generales, mueren a consecuencia de la anestesia. (Galindo); esto ocurre porque la anestesia como tal es riesgosa y el paciente que está expuesto a ella es una persona totalmente crítica¹⁶², “Toda anestesia implica un riesgo que principia con el estado de narcosis del paciente y su incidencia sobre el sistema nervioso. Lo que conjugado con el estado clínico del enfermo puede provocar complicaciones, normalmente reversibles si hubo de por medio un actuar diligente del especialista.”* (Pérez de Leal 162)

¹⁶⁰ *“Cuando se revisa la literatura de los últimos 50 años, relativa a la morbilidad y mortalidad en anestesia, es sorprendente constatar que siguen apareciendo las mismas complicaciones, pese a los inmersos progresos realizados tanto en el marco de las técnicas anestésicas, como en el de las vigilancia preanestésica.”* (Ibíd.)

¹⁶¹ *“En otras palabras. Por más que se evolucionen los métodos de monitoreo. Se perfeccionen los equipos y mejore la formación de especialistas anesthesiólogos. Parece haber un riesgo inherente al acto anestésico que impide la anulación de la tasa de mortalidad.”* (Urzola)

¹⁶² *“Un paciente bajo efectos de la anestesia es un paciente crítico, que requiere un cuidado intensivo por parte del médico, haciendo del anesthesiólogo un intensivista capacitado en áreas distintas a la mera aplicación del anestésico.”* (Aguilera 21)

Respecto a los riesgos descritos no hay que caer en el error que el anesthesiólogo es el único que responde por cualquier situación crítica que se presenta y tampoco pensar que las complicaciones que se dan son por negligencia de este galeno¹⁶³, *“No podemos hacer caer sobre el anestesista todo el peso de las posibles complicaciones. (...) Estadísticamente, este tipo de desordenes, en su mayoría, se deben a circunstancias fortuitas o aún desconocidas por la ciencia, sin que pueda establecer entre anestesista y daño una relación causal adecuada entre fenómenos que se pretenden asociar.”* (Ibíd.); frente al nexo causal derivado de esta relación jurídica hablaremos más adelante.

Es por lo anterior que hay que entender que las complicaciones que terminan en muertes¹⁶⁴, durante intervenciones quirúrgicas y que van de la mano de una actuación anestésica, pueden producirse por diferentes circunstancias¹⁶⁵, tales como, *“Uno de los puntos fundamentales en la metodología de los estudios epidemiológicos es encuadrar los casos de muerte asociada a la anestesia, en una de las siguientes categorías: 1.1 Muertes totalmente debidas a la anestesia., 1.2 Muertes en que la anestesia tiene alguna contribución para la fatalidad., 1.3 Muertes absolutamente no relacionadas con la anestesia.”* (Urzola)

Los conflictos y riesgos que se pueden dar respecto a el paciente no es lo único que hay que tomar en consideración, ya después de controlado el evento riesgoso o de presenciar situaciones inevitables de defunción, hay que manejar a los familiares, *“Una vez que se ha presentado la complicación, además de que exista una adecuada preparación previa para manejarla y disminuir en lo posible sus efectos deletéreos, mediante educación, entrenamiento, protocolos y estándares, debe pensarse en la manera de enfrentar a los familiares.”* (Galindo); de acuerdo a esto se busca tomar medidas que no vayan a crear mayores complicaciones legales. *“Se deben*

¹⁶³ *“Este, en mi entender, es el primer y más importante paso en la estrategia preventiva. En lo que respecta a la mortalidad anestésica. “El Anestesiólogo debe aceptar el riesgo y la posibilidad de accidentes, preparándose para manejados correctamente.”* (Urzola)

¹⁶⁴ *“... la verdad es que se producen “muertes anestésicas” a pesar de los cuidados anestésicos peri operatorios especializados...”* (Ibíd.)

¹⁶⁵ *“Reiteramos que el riesgo anestésico no es linealmente dependiente de la gravedad de la enfermedad ni de lo complejo de la intervención quirúrgica. Sin embargo el concepto de que ningún paciente debe fallecer o ser lesionado por la anestesia deba ser erradicado y si debemos evaluar críticamente nuestros desempeños individuales.”* (Ibíd.)

tomar todas las precauciones que aconseje el abogado. Debe propiciarse un contacto directo con los potenciales demandantes y hablar con mucha franqueza sobre la complicación. Nunca, por ningún motivo, se debe caer en el error de hacer enmendaduras o adulteraciones en la historia clínica ni de tratar de inculpar a otras personas. Lo primero, es un delito que complica aún más la situación. Lo segundo, está demostrado que causa un efecto “de rebote” que ocasiona con el tiempo un perjuicio mayor.” (Ibíd.)

Respecto a las circunstancias de responsabilidad civil médica del anesthesiólogo se puede considerar que no siempre se busca compensación económica, aunque sea de las principales pretensiones a la hora de un litigio, *“Llama la atención, comparando nuestras cifras con las de Norteamérica, que allá la casi totalidad de los casos buscan de inmediato una compensación económica. En Colombia, tenemos que, al menos inicialmente, solamente siete de los 31 casos buscan esta compensación. Esto se debe aparentemente a que nuestro derecho, de origen romano, busca que quien es culpable de un delito, pague “en su propio pellejo” la culpa que se le encuentre. En los Estados Unidos, con un derecho de origen calvinista, si bien se contempla el pago con cárcel para muchos delitos, muchas de las faltas se pueden resarcir con una suma de dinero, acorde con el daño ocasionado. Claro que nuestros abogados afirman que aquí en Colombia, finalmente, si el fallo definitivo de un proceso penal es de culpabilidad, los demandantes muy probablemente iniciarán el proceso civil, para buscar, de todas maneras, la compensación económica. Como curiosidad, reportamos que dentro de los procesos civiles, el rango de compensación a la cual aspiran los demandantes oscila entre 93 millones y mil millones de pesos. Naturalmente, estos montos siempre son mayores que lo racionalmente factible, pero el fallo, o la conciliación, cuando se negocia, es por una cantidad menor.”*

(Galindo)

En conclusión a este tema de riesgos anestésicos, hay que esclarecer que es una profesión como tal riesgosa, que genera complicaciones no sólo para el paciente, sino que también para el

anestesiólogo, por lo que no puede ser analizada desde una perspectiva general, hay que considerar muchos otros elementos y situaciones que la hacen especial; ésta reflexión es pertinente a la hora de un proceso judicial, ya que no se podría entonces analizar el conflicto jurídico solamente desde los principios de responsabilidad civil médica comunes a todos estos profesionales de la salud.

D. Obligación de Seguridad

Antes de entrar a analizar este tema en particular hay que dejar claro que “...*la responsabilidad por el riesgo de las cosas pertenece al ámbito extracontractual, y el deber de seguridad se ha entendido ubicado en la relación contractual.*” (Rinessi 351); como se ha explicado anteriormente la relación que se crea entre el anesthesiólogo y el paciente es por lo general extracontractual, pero ello no significa que puedan darse relaciones contractuales.

En relación con lo anterior, se busca que esta sección determine cuales son las medidas de seguridad que debe tomar en cuenta el anesthesiólogo antes y durante la intervención del paciente, pero ello no significa que el término obligación nos lleve de inmediato a una relación contractual, sino que simplemente utilizamos la palabra de manera genérica y la relacionamos con situaciones normales en las que actúa un anesthesiólogo.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Como ya se ha venido desarrollando la relación médico – paciente tiene diferentes vertientes, entre ellas está la del paciente con el establecimiento clínico para que de ahí lo remitan con el que será su médico tratante; de esa situación nace un deber de seguridad para con el paciente y este tiene que ver con “...*que se le brinden todas las seguridades que pongan a cubierto las situaciones riesgosas que se puedan presentar durante su internación. Se trata de una verdadera obligación de resultado, en donde no basta la simple diligencia para obtener este propósito, pues constituye presupuesto indispensable de todos los restantes deberes que asumen los establecimientos hospitalarios.*” (Jaramillo 2008, 318)

Las obligaciones de seguridad se identifican con los deberes jurídicos de cuidado, vigilancia y diligencia que debe tomar en cuenta el médico al realizar su intervención¹⁶⁷, es por ello que no hay que relacionar este tema con las obligaciones de seguridad que tiene la Clínica o Hospital, porque ese no es tema de desarrollo. *“Por otra parte también se la debe distinguir de la obligación de seguridad de las clínicas, que se superpone a la obligación del galeno, por cuanto en aquellas existen otras alternativas que podrían resultar lesivas al paciente...”* (Rinessi 206)

Hay que esclarecer que esta obligación no sólo se predica frente al paciente, sino que también en relación a las cosas que intervienen en la actividad médica¹⁶⁸ y en este caso en la práctica

¹⁶⁷ *“Achával centra la problemática de la prestación médica en tres aspectos, derivados de los recursos, el instrumento y la tarea. Los recursos, dice, son los medios básicos para proporcionar la atención médica comprometida y guardar relación con el local, el mobiliario, el equipo, el personal y hasta el tiempo. El instrumento es el conjunto de recursos que se ligan, según el criterio de funcionalidad puesto en juego: en general converge en la unidad hora – médico. A su vez, continua diciendo, debemos interpretar la tarea con el resultado de la actividad del instrumento, con los recursos puesto a su disposición y destinada a eliminar o atenuar los factores que están condicionando cualquier daño.”* (Rinessi 212)

¹⁶⁸ *“... los quirófanos, los materiales farmacéuticos etc, son todos ellos cosas que, por sí mismas, y por los elementos que intervienen en su composición, contienen posibilidades de daños frecuentemente mayores que otras utilizadas para el cumplimiento de obligaciones dentro del tráfico jurídico normal. En consecuencia, debe existir sobre ellas un control y un manejo estricto, con miras a impedir que desarrollen su propio poder de destrucción sobre el cuerpo y mente del paciente. A este respecto, por los demás, no importa distinguir si se trata de un vicio propio de la cosa o si se trata de un deficiente manejo*

anestésica, hacemos referencia a la máquina anestésica. *“En consecuencia, creemos que la obligación de seguridad existe no sólo en relación con las personas sino también con las cosas.”* (Tamayo, Tomo I 81); en consecuencia hay que esclarecer que *“...en caso de daños causados durante el acto médico, es preciso distinguir el acto médico y los daños causados por el médico o por los instrumentos utilizados durante el acto médico y los daños causados temporalmente durante el acto médico por personas o actividades ajenas al tratamiento mismo. En la primera hipótesis, el acto médico es la causa del daño. En la segunda, el acto médico no tiene relación de causalidad con el daño, sino que es una simple condición del mismo.”* (Ibíd. 96)

A la hora de analizar la cosa en cuanto a nuestro tema en cuestión, se puede llegar a la conclusión que hablamos de la máquina anestésica¹⁶⁹, *“La máquina de anestesia es un elemento imprescindible en la sala de cirugía, puesto que, muchas veces es la única fuente de oxígeno para apoyar ventilatoriamente un paciente. Cualquier médico que administre anestésicos o fármacos que pueden deprimir el sistema cardiorrespiratorio o el sistema nervioso central, deben conocer el funcionamiento de la máquina de anestesia.”* (Aguilera 41)

de los aparatos quirúrgicos. En ambos supuestos, el incumplimiento de la obligación de guarda implicada a su turno el incumpliendo del deber jurídico de seguridad impuesto por razón de la naturaleza de las prestaciones en juego.” (Santos 319)

¹⁶⁹ *“La máquina de anestesia es un complejo modular de varios aparatos sencillos, ensamblados con varias válvulas y conexiones que utiliza la medicina para administrar al hombre, por vía pulmonar, los gases anestésicos buscando con ella la insensibilidad al dolor quirúrgico.”* (Álvarez, Manual Básico de Anestesia y Reanimación. 62)

Esta máquina debe ser objeto de mantenimiento constante¹⁷⁰ para no incursionar en responsabilidades por el uso de cosas defectuosas, “... si el paciente que es operado del corazón fallece como consecuencia de la anestesia aplicada y tanto el medicamento como lo equipos utilizados se encontraban en buenas condiciones, entonces no habrá responsabilidad del anesthesiólogo, a menos que se pruebe una culpa de su parte.” (Tamayo, Tomo I 97)

Frente a lo dicho anteriormente hay que diferenciar el régimen de responsabilidad que podría llegar a darse en un intervención médica, “Obsérvese que una cosa es que la recuperación del paciente no se logre por una mala intervención del médico y otra muy distinta es que el paciente sufra un daño distinto de la dolencia para la cual ha sido tratado mientras se lleva a cabo el tratamiento.” (Ibíd. 97); en relación con el primer hecho habría una obligación de medios no alcanzada, por lo que es un régimen de culpa probada. “... digamos que si el médico, por su propio hecho, causa al paciente un daño con ocasión de la intervención médica diferente de la no obtención del resultado inicialmente buscado, su obligación será de medios y, por tanto, su culpa deberá ser probada.” (Ibíd.)

¹⁷⁰ “3. MANTENIMIENTO 3.1. Tanto la máquina de anestesia como los elementos de monitoreo deben estar incluidos dentro de un programa de mantenimiento preventivo, de acuerdo a las especificaciones del fabricante. 3.2. En todo caso, dicho mantenimiento debe realizarse por lo menos cada seis meses, por personal calificado. 3.3. El mantenimiento es de entera responsabilidad de la institución. 3.4. Toda compra que se realice debe tener una garantía de servicios y de provisión de repuestos, respaldada tanto por el distribuidor como por la casa matriz.” (Normas Mínimas de Seguridad en Anestesiología, CLASA)

Cosa distinta ocurriría si se da la premisa número dos ya mencionada, en donde hay que hacer referencia a dos situaciones¹⁷¹ que pueden presentarse, en primera medida se da la situación que “... el daño se causa con un instrumento que está en perfectas condiciones, entonces la obligación de seguridad que pesa sobre el médico es de medio.” (Ibíd.); caso diferente si el “... daño se produce como consecuencia de la utilización de un instrumento defectuoso que era de propiedad o estaba bajo la guarda del médico, éste se presume responsable y solo podrá exonerarse mediante la prueba de un causa extraña, pues en tales circunstancias la obligación de seguridad es de resultado.” (Ibíd.); un ejemplo de la segunda hipótesis podría ser el expuesto por el Doctor Tamayo, “En efecto, puede suceder que los daños sean causados por mala calidad de los instrumentos o de los equipos utilizados. Piénsese, por ejemplo, (...) en la sobredosis de anestesia que recibe un paciente por deficiencias en el equipo. Mientras que algunos afirman que en tales circunstancias el médico solo se exonera mediante la prueba de una causa extraña (...) otros sostienen que aún en estos casos nos encontramos frente a una obligación de medios y que, por tanto, la culpa del médico debe ser probada...” (Tamayo, Tomo I 1078)

Esta discusión puede conllevar diferentes hipótesis, lo importante es considerar, a juicio de Tamayo, que habrá responsabilidad si no se cumple la obligación de seguridad, es decir si el

¹⁷¹ “El factor de atribución en este tipo de deber calificado –la garantía de indemnidad- es tanto para el daño que se haya producido por un objeto inactivo manipulado por el hombre (obligación de seguridad por acto propio), como el producido con cosa no peligrosa de operatividad propia, o con elementos riesgosos o vicios (obligación de seguridad por el hecho de las cosa.)” (Opcit. 273)

médico anesthesiólogo pudo o no darse cuenta del error de la cosa, *“En efecto, si el defecto del instrumento o del equipo era detectable o evitable mediante una revisión o mantenimiento periódico por parte del médico o de un especialista a quien encargase de ello, habrá una presunción de culpa en contra del médico, la cual sólo podrá desvirtuarse mediante la prueba de que tales equipos o instrumentos se les daba la revisión o el mantenimiento periodo requerido.”* (Ibíd., 1079)

Además frente a las dos situaciones descritas hay que tomar en cuenta también otras dos circunstancias importantes en la responsabilidad médica por daños causados con las cosas, *“...debemos tener presente que corresponde distinguir según se trate de daños causados con las cosas (...), o daños causado por las cosas, en función de que el tratamiento del deber de responder será diferente en uno u otro caso.”* (Pérez de Leal 203); en el primer caso nos referimos a las cosas que por su naturaleza no son peligrosas, mientras que las segundas si se consideran peligrosas.

Siguiendo con el análisis podemos establecer que las cosas que por sí mismas no son peligrosas exigen que el médico ponga en funcionamiento todo su equipo profesional al máximo y de la

manera más diligente¹⁷²; mientras que las cosas peligrosas siempre tendrán inmersas en ellas un elemento riesgoso y es posible que no se pueda evitar el daño¹⁷³. *“Con respecto a la utilización de cosas o instrumentos ha expresado Bustamante Alsina que la responsabilidad objetiva por riesgo sólo puede configurarse cuando el daño es causado por el hecho de la cosa y de ningún modo en el hecho propio del médico que consiste en la intervención quirúrgica practicada por el profesional...”* (Rinessi 271)

Cosa diferente sería los daños que se ocasionen durante la intervención como tal, *“... el daño se produce durante el acto médico mediante la utilización de un instrumento que está en perfectas condiciones, la responsabilidad del médico supone que se pruebe su culpa, poco importa que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.”* (Tamayo, Tomo I 1079)

Respecto a la práctica anestésica como tal, se puede establecer una serie de medidas que el anestesiólogo puede tomar a la hora de su intervención y que son parte de su deber de seguridad, *“...la única manera de administrar con seguridad la anestesia al paciente, es decir de prevenir la presentación de los accidentes, depende de los conocimientos, habilidades y motivaciones del*

¹⁷² *“... en aquellos actos médicos que suponen la utilización de equipos que puedan incidir en la producción del daño, el médico está obligado a demostrar que esos equipos se encontraban aparentemente en buenas condiciones o que, por lo menos, recibían las revisiones y mantenimiento posibles, pues la mayoría de las veces los daños proviene de la mala calidad de los equipos o del instrumental.”* (Tamayo, Tomo I 1079)

¹⁷³ *“... por su estructura o su comportamiento aumenta, los riesgos de causar daño a terceros.”* (Ibíd. 937)

anestesiólogo y de la adecuada asistencias, del espacio suficiente y de que los aparatos e instrumentos requeridos estén disponibles y en buen estado de mantenimiento.” (Álvarez, Cirugía: Anestesiología.16)

El anestesiólogo tiene que actuar regido por las obligaciones de seguridad durante todo el acto anestésico, aquí hay unas de las medidas que debe tomar en cuenta, *“Los anteriores conceptos médico-legales nos permiten dar las siguientes pautas a seguir, antes, durante y después de la presentación de una “Catástrofe Anestésica”. Que son las mismas que deben seguir en cualquier acto médico-anestésico lógico...”* (Moreno-Alatorre)

1. Deberes de Seguridad en la Etapa Preanestésica:

- a) *“Estar preparado ante la posibilidad de una «catástrofe anestésica». (...)*
- d) *Explicarles todo lo concernientes al método anestésico planeado, así como darles a conocer los riesgos o peligros a que estará expuesto. Así como, la forma en que se pueden prever y que en su caso tratar.*
- e) *Hablarles de la posibilidad que se presenten complicaciones relacionadas con el evento anestésico. Así como su tratamiento. (...)*
- g) *Redactar una nota de valoración preanestésica, que detalle el estado físico preoperatorio, los datos de laboratorio y gabinete, los riesgos y sus posibles complicaciones. Se anotaran las indicaciones preanestésicas y el plan de manejo anestésico.*
- h) *Se explicara al paciente y en su caso a sus familiares, en forma verbal y por escrito a través por una Carta de Consentimiento Informado, de la naturaleza del método*

anestésico propuesto, sus riesgos y de las posibilidades de complicaciones, su prevención y tratamiento. Esta Carta de Consentimiento Informado deberá ser específica del caso en particular, y será firmada por el paciente o sus familiares, por el médico anesthesiólogo, en presencia de dos testigos que también deberán firmarla.

- i) De acuerdo con las obligaciones de medios, antes de iniciar el evento anestésico, verificará el buen estado de los equipos de monitoreo y la máquina de anestesia.*
- j) Pedirá se le abastezca de todos los insumos, equipos, instrumental y medicamentos necesarios, para desempeñar de acuerdo con la “Lex Artis”, con especial énfasis la disponibilidad de diferentes opciones de acceso de la “vía aérea difícil”. (...)*
- k) Desempeñarse con pericia, en la instalación del acto médico- anestésico.*
- l) Vigilar eficientemente al paciente durante todo transanestésico¹⁷⁴, a través de un monitoreo adecuando del caso. Con el fin de identificar tempranamente la aparición de algún efecto indeseable, y su posible complicación. En su caso establecer un oportuno tratamiento.*
- m) No separase del paciente.*
- n) Registra paso a paso y minuto a minuto, todos los acontecimientos transanestésicos: (...) Sí se detecta la aparición de una complicación destacar las circunstancias de su aparición, las medidas instruidas previamente con el objetivo de evitarlas o identificarlas tempranamente.” (Moreno-Alatorre)*

¹⁷⁴ Según la Real Academia de la Lengua Española “Trans: es un prefijo que significa “al otro lado”, “a través de”; en el caso particular se entiende por transanestésico se entiende en el transcurso de todo el acto anestésico.

2. Deberes de Seguridad en la Etapa Anestésica:

- a) *“Es prioritario que cualquier efecto indeseable y /o complicación, sea identificado en el momento de su presentación, con el objeto que se instruya oportunamente el tratamiento, que la “Lex Artis” recomiende.*
- b) *Tratamiento de una complicación grave, exige del médico anesthesiologo pericia (conocimientos y destrezas especiales). Por lo que debe estar actualizado en la actividad psicomotriz idonea para desempeñarse eficientemente y eficazmente durante esos momentos criticos.*
- e) *Se debe registrar con detalle tanto en la nota postanestésica, como en el registro anestésico, la forma de aparición de la complicación, si identificación temprana, su tratamiento oportuno, el cumplimiento de las obligaciones especiales de medios y de seguridad, los resultados del tratamiento, y su pronóstico.*
- f) *Se debe solicitar en su caso, la asistencia de otros especialistas, que apoyen el tratamiento durante y después de la aparición de la complicación.*
- g) *El médico anesthesiologo estará empeñado en el tratamiento de la complicación, pero en ningún momento será recomendable la temeridad o la exposición del paciente a riesgos innecesarios.*

h) El médico anesthesiólogo no debe abandonar a un paciente durante la instalación de una complicación, deberá tratar de estabilizarlo, e instalarle en una Unidad de Cuidados Intensivos, al cuidado de especialistas capacitados.” (Moreno Alatorre)

3. Deberes de Seguridad en la Etapa Posanestésica:

- a) “Constatar que todo el expediente clínico esté completo, con notas, exámenes de laboratorio y gabinete, registros, valoraciones, y cartas de consentimiento informado adecuadamente otorgadas.*
- b) En lo que respecta a notas de anestesia y registro anestésicos, deberán ser meticulosamente hechas, sin tachaduras o incongruencias.*
- c) Hablar con los familiares del paciente y explicarles lo pertinente. (...)*
- d) Visitar a su paciente hasta la resolución de la complicación, fallecimiento, o declaración de permanencia de una invalidez resultante de la misma. Registrando el expediente clínico notas que den testimonio de su presencia, en ellas podrá emitir opiniones diagnósticas, terapéuticas o pronósticas.” (Ibíd.)*

Enumerados estos medios de seguridad queda claro que la práctica anestésica es de las más complejas que hay, por lo que no es viable reconocer todas las situaciones que se pueden presentar, precisamente por su naturaleza riesgosa, es por ello que con este trabajo buscamos reconsiderar el análisis jurídico que existe respecto a esta rama de la medicina, para que de esa manera se busque un régimen particular a la hora de un proceso de responsabilidad civil médica.

Entraremos a analizar el consentimiento informado, tema de gran importancia a la hora de un proceso de responsabilidad, ya que sirve como prueba y permite demostrar si se cumplió o no, con las obligaciones de medios y de seguridad inmersas en el actuar anestésico.

E. Consentimiento informado en anestesiología

Como vimos en capítulos anteriores el paciente tiene derecho a que se le informe cuales son los riesgos presentes en cada procedimiento médico que se lleve a cabo para que de esta manera el pueda dar su consentimiento. *“El paciente es el verdadero protagonista de la relación médico-paciente. El consentimiento informado busca enfatizar en el derecho a la información del paciente, para que sea él quien asuma el riesgo previsto de cualquier decisión terapéutica o procedimiento. Todas las intervenciones profesionales de los médicos, salvo los casos de urgencia vital, deben estar precedidas por la autorización del paciente.”* (De Brigard 277)

El consentimiento se ha entendido como una negociación entre médico y paciente en la cual el paciente le manifiesta la voluntad al médico para que se lleve a cabo un determinado acto médico. *“El consentimiento ha sido definido como el acordar un contenido por vía consenso-concesión, es decir, de la negociación y concesión recíproca. Mesa ha sostenido que “es aquella manifestación de voluntad con la que se confiere a otro la facultad de poseer un derecho propio”, y agrega que “consentimiento médico es la manifestación voluntaria, por parte de un paciente o de ser representante legal, de obtener del profesional un acto médico.”* (Diez 67)

Este es uno de los principales deberes que tiene el anestesista frente al paciente, a los familiares de éste y al cirujano. *“Uno de los deberes fundamentales del anestesista es el de información, el cual no se limita solamente al paciente, sino que se hace extensible a terceros, entendido por tales no sólo los familiares del paciente, sino también al cirujano mismo.”* (Ibid. 65)

Esta obligación se encuentra en la etapa pre anestésica ya que es necesario que se le informe al paciente antes de que se lleve a cabo el acto anestésico, aquí el paciente conocerá el tipo de

anestesia, drogas y riesgos y efectos presentes. *“Entre las obligaciones pre anestésicas y al igual que en las otras ramas de la medicina, debemos tener presente el deber de información. La información de rigor que el profesional debe brindar al asistido versará acerca del tipo de anestesia y drogas a utilizar, las que también serán asentadas en la parte anestésico, haciendo conocer al paciente los fundamentos y beneficios del método de narcosis elegido y advirtiéndole sobre los posibles riesgos.”* (Pérez de Leal 169)

El anesthesiólogo deberá informarle al paciente todas las opciones posibles anestésicas con sus respectivos efectos y posteriormente deberá recomendar que opción considera que es mejor para aplicar. *“De existir distintas opciones anestésicas, el profesional deberá explicarlas al paciente, y al mismo tiempo le debe recomendar el método que considere más adecuado para el caso en particular.”* (Opcit. 66)

Es importante detallar aquella situación en que el paciente no es el directo destinatario de la información proporcionada por el médico, ésta es la situación en que el paciente se encuentra en incapacidad por estado de inconsciencia, o porque son menores o dementes, o aquellos que están bajo alguna de clase de interdicto; en la mencionada situación el médico tiene que cumplir su deber con las personas que de cierta manera serian responsables del paciente, ésta situación a continuación será analizada más profundamente . *“Con todo, en determinadas hipótesis deberá obtener autorización de terceros habilitados (asentimiento diferido), salvo que sea ostensible que medie una urgencia que exija, sin dilaciones, una oportuna intervención.”* (Jaramillo 2008, 232)

1. Formalidades del Consentimiento

El consentimiento puede ser expreso; ya sea verbal o escrito, tácito; en casos excepcionales y de urgencia manifiesta, impuesto; cuando está de por medio el orden público. *“El consentimiento del enfermo podrá ser expreso, tácito, o impuesto. El consentimiento expreso podrá ser verbal o escrito. El consentimiento tácito sólo debe aceptarse en supuestos excepcionales y de extrema urgencia. El consentimiento impuesto es aquel que determinan las leyes de profilaxis y vacunación, entre otras, en donde la voluntad del asistido o interés individual es irrelevante por encontrarse de por medio un interés público que indica ineludiblemente un comportamiento dirigido en un determinado sentido.”*(Pérez de Leal 247)

A pesar de existir varias maneras de manifestar el consentimiento, sigue siendo el escrito la forma más clara para que quede la voluntad del paciente o de sus familiares expresa en la etapa pre-anestésica *“De este modo puede afirmarse la importancia de la consulta pre anestésica, que día a día experimenta la necesidad de efectuarse por escrito, de tal modo que el paciente y, en su defecto, los familiares puedan dar su consentimiento.”* (Diez 67)

Para poder manifestar el consentimiento válidamente es necesario que la persona sea mayor de edad y tenga capacidad psíquica para ello, así mismo es necesario que sea de manera libre y voluntaria en el momento en el que se tenga información completa del acto médico. *“Este consentimiento sólo puede ser expresado por quien es mayor de edad y está psíquicamente apto*

para hacerlo; debe ser libre y expresado voluntariamente, sólo después de haber recibido una correcta información del acto médico a realizarse sobre su cuerpo.”(Ibíd. 66)

Con respecto a lo anterior, al anestesista le corresponde responder y aclarar todas las dudas que el paciente pueda tener con respecto a su situación médica. *“En ningún caso debe el anestesista evadir las preguntas del paciente; debe explicarle de modo claro y comprensible a qué va a ser sometido, las molestias que puede llegar a sufrir y los peligros que puede acarrearle.” (Ibíd.)*

Lo fundamental es informarle al paciente todos los posibles riesgos y complicaciones que se pueden presentar en la intervención del anestesiólogo. *“Sobre todo es necesario mentalizar al paciente de que la práctica de la medicina en general (en este caso, la anestesiología) puede ocasionar un riesgo, un incidente, un accidente o una complicación.” (Ibíd.)*

El consentimiento es una etapa fundamental en la relación anestesiólogo y paciente, razón por la cual se le debe dar la misma importancia que la cirugía en el sentido que debe estar el consentimiento del paciente en relación a la cirugía diferenciado con el de la anestesia puesto que son dos situaciones e intervenciones diferentes. *“En muchos centros asistenciales se utiliza una misma hoja de consentimiento para la cirugía y la anestesia. Lo adecuado es que se disponga de una hoja de consentimiento exclusiva para el anestesista que se ajuste de forma más directa a este tipo especial de cuidado al paciente.” (Ibíd. 68)*

Sin importar el tipo de formalidad que se pueda utilizar para manifestar el consentimiento, es importante que el anestesiólogo entienda que éste deber va más allá de una simple formalidad y que lo sustancial es hacerle conocer al paciente todas las opciones de anestesia junto con sus respectivos riesgos y consecuencias. *“Ciertamente, la falta de comprensión del cuerpo médico*

sobre el fondo teórico del tema del consentimiento, lo ha convertido en un asunto meramente formal (la firma de un documento) omitiendo la parte sustancial que es el fondo y razón del formulario. En otras palabras, los médicos se han convencido de que lo que se les exige es diligenciar y hacer firmar un documento y no que tienen el deber de informar a su paciente de la manera más clara, oportuna y completa sobre los riesgos de las intervenciones, con el fin de lograr su autorización y, lo que es aún más importante, de trasladarle el riesgo de la decisión.” (De Brigard 279)

Es necesario aclarar que el consentimiento del paciente no tendrá validez y por lo tanto será irrelevante en aquellos casos en los cuales se busque validar actos que van en contra de las leyes.

“El consentimiento del paciente resulta irrelevante tanto para justificar el hecho como para desincriminar al profesional, cuando con él se están convalidando actos vedados por las leyes (...)”. La misma consecuencia jurídica se dará para efectos de exonerar la responsabilidad cometida por anestesiólogo que obró con culpa o dolo. (Pérez de Leal 242)

2. Consentimiento dado por familiares

Pueden existir casos en los cuales no existe la posibilidad que el paciente sea quien directamente manifieste su consentimiento ya que se encuentra en imposibilidad psíquica o física de hacerlo, en estos casos serán los familiares quienes deban manifestarlo y por lo tanto el anestesiólogo tendrá el deber de informarles y de cumplir su deber en las mismas condiciones como lo cumpliría si se encontrara frente al paciente. *“En este caso, el anestesista, a fin de salvaguardar su responsabilidad, deberá comunicárselas a los familiares, quienes del mismo modo que el paciente tienen la posibilidad de efectuarle todas las preguntas pertinentes. Los familiares debe estar prevenidos del riesgo genérico que corre todo operado, y del específico en cada caso en especial.” (Diez 67)*

3. Consentimiento y Confianza

Una de las razones por las cuales este deber lo debe cumplir el anestesiólogo es en virtud al vínculo de confianza que se debe generar entre el médico y el paciente. *“Este deber tiene que ver con la confianza que debe despertar el anestesista en el paciente.”* (Ibíd.)

Lo anterior se puede manifestar también en el campo judicial ya que si el paciente ha entablado una relación con suficiente información y claridad con el anestesiólogo en la cual está presente el fenómeno de la confianza, se reducen las posibilidades que éste lleve a cabo una demanda judicial en contra del anestesista. *“El paciente será mucho más reacio a iniciar una demanda judicial contra un anestesista al que, a través del diálogo preoperatorio, le ha expresado su total confianza, respondiéndole a todas las inquietudes que se le pudieran plantear.”* (Ibíd. 66)

4. Consentimiento frente a pacientes menores de edad

Cuando el paciente es un menor de edad, el consentimiento lo debe manifestar sus padres sin perjuicio del deber del anestesiólogo de informarle al menor la información pertinente que el menor deba saber según la edad que tenga. *“Cuando el paciente es un niño, toda la información será especialmente para los padres, quienes en definitiva darán el consentimiento, pero no por ello se descuidará al menor, que recibirá una información adecuada a su edad mental.”* (Opcit.)

Es necesario aclarar que los padres no pueden poner en peligro la vida de su hijo en virtud a creencias religiosas *“(…) la patria potestad no puede incluir la negativa a transfusión con respecto al hijo menor, fundada sobre motivos religiosos; sobre todo si el hijo no está en*

condiciones de elegir, precisamente por su edad, su propia religión, a lo que debe sumarse que, de ocasionarse la muerte por la falta de dicha asistencia, padres y médicos serían responsables de un delito.” (Yungano 174)

5. Consentimiento y Estado de Necesidad

Es claro que el anestesiólogo no podrá intervenir en el paciente sin que antes, éste último haya manifestado su voluntad, sin embargo, esta regla general tiene ciertas excepciones. *“Es en función de lo expuesto que sostuvimos que el médico, en principio, no podrá actuar sobre el cuerpo del paciente sin indagar el sentido de su voluntad. Sin embargo, esta regla, como tantas otras, reconoce sus excepciones.”*(Pérez de Leal 188)

Estas excepciones se manifiestan cuando el médico tiene para decidir entre la manifestación de la voluntad del paciente y por otro lado el salvarle la vida de manera inmediata. Aquí se presenta un conflicto entre la protección a la vida y la libertad del paciente así como también va implícito el deber del anestesiólogo de obrar de manera diligente y activa en una determinada situación. *“Estas hipótesis de excepción se presentan cuando el facultativo, ante determinadas circunstancias que rodean al acto médico, se encuentra en la disyuntiva entre un acto médico inconsulto y su obligación de actuar o ‘deber jurídico de obrar’ en forma inminente; conflicto en el que en un extremo se ubica el respeto de los derechos personalísimos del paciente y su libertad para repeler el acto, y en el otro se posiciona la responsabilidad del profesional, tanto civil como penal, que su conducta negligente u omisiva puede implicar.”* (Ibíd.)

Por lo cual a pesar de reconocer el deber de consentimiento informado con el paciente se puede este último excepcionar en circunstancias de urgencia en los cuales el médico deberá obrar

conforme a sus deberes profesionales de asistencia y prestación de servicios médicos. “(...) *el consentimiento del paciente es elemento esencial del contrato de asistencia médica y presupuesto que marco el desenvolvimiento del quehacer profesional, sin el cual no se podría imponer un tratamiento, salvo que se trata de alguien en el cual esté ausente su manifestación válida de voluntad (obnubilación, shock, delirio, etc.) en cuyo caso el médico está obligado a aplicar los medios que el estado requiera para salvar la vida (...)*” (Yungano 174)

En virtud a lo anterior, en la medida en la que se presente un estado de necesidad, el anesthesiólogo estará exento de responder por un incumplimiento en su deber de información ya que en estas situaciones se prescinde del deber de consentimiento informado. “*En síntesis, el médico que se encuentre ante un caso de “estado de necesidad” estará exento de responsabilidad si prescinde del consentimiento del paciente_ o de su representante legal_ siempre que no cuente con tiempo necesario o suficiente para recabar la autorización judicial, debiendo emplear los medios razonablemente idóneos para conjurar tal emergencia.*” (Ibíd.175)

A pesar de lo anterior es claro que cada día se busca con mayor énfasis y efectividad el cumplimiento del deber de información frente a los pacientes sin que se pueda hablar de una restricción absoluta a prescindir de este deber. “*Una actividad profesional institucional, caracterizada por la urgencia, el volumen de pacientes y de intervenciones, sería prácticamente imposible con una restricción absoluta de proceder sin una validación anterior. Sin embargo, la tendencia es y así debemos reconocerlo, a exigir cada vez más el cumplimiento de este deber, (...)*” (De Brigard 279)

Por esta razón la omisión de este deber de información cuando existen las condiciones para que se manifieste lleva a que el médico deba responder por el incumplimiento de sus deberes. “*Pero la falta de consentimiento cuando se está en condiciones de darlo o sin que exista un real estado de urgencia, configura para el médico que lleva adelante un tratamiento o intervención*

quirúrgica un incumplimiento de sus deberes y, por lo tanto, susceptible de generar responsabilidad.” (Opcit. 145)

Así como puede pasar que el médico con su incumplimiento no haya generado un daño al paciente, por lo menos si debe perder su derecho a recibir honorarios. *“La circunstancia de que dicha conducta no ocasione un daño -y sí un beneficio- podrá jugar como una suerte de atenuante pero hará perder al profesional el derecho a percibir honorarios; si la intervención ha significado un período de inactividad laboral ello será indemnizable, así como también, en todos los supuestos, la reparación del agravio moral.” (Yungano 145)*

En conclusión si no se hace referencia a una situación de urgencia no es posible prescindir del cumplimiento del deber de información. *“En suma, si no se trata de un paciente inconsciente, suicida o en estado de shock, por ejemplo, el consentimiento será requisito esencial para el acto médico y su negativa descalifica a aquel acto con las consecuencias ya indicadas. Sin embargo, no es frecuente la ocurrencia de tales casos y sin perjuicio, claro está de que el médico pueda probar todos los medio que el paciente dio su consentimiento, siendo ya habitual la forma escrita de éste.” (Ibíd.)*

6. Consentimiento Informado y Nexos de Causalidad

Ha surgido una discusión alrededor de los efectos derivados del caso en la cual el anesthesiologo actúe sin el cumplimiento del consentimiento informado y que se genere un daño durante el acto anestésico, pero que no sea por dolo ni culpa del anesthesiologo.

La realización de un acto médico no informado, no consentido o rehusado puede generar daños de índole variada al paciente¹⁷⁵. Así pues el acto anestésico no consentido, tiene la vocación para la producción de varios tipos de daños resarcibles como lo son los perjuicios materiales e inmateriales. Por ejemplo, se tendría el caso de un paciente de 25 años de edad, quien sufrió una fractura abierta de tibia y peroné, por lo cual se le programa un procedimiento quirúrgico de reducción de fractura por parte de un ortopedista, el cual se realizaría con anestesia regional. En el curso del procedimiento quirúrgico, el anesthesiologo decide suministrarle al paciente anestesia general, la cual no fue consentida por el paciente, minutos mas tarde, se presenta una complicación anestésica y el paciente queda con un daño cerebral irreversible.

Para determinar si existe obligación del anesthesiologo o del centro asistencial de indemnizar los perjuicios sufridos, es necesario establecer si existe relación de causalidad entre el acto anestésico efectuado y los riesgos o daños generados por el procedimiento no informado o no consentido. Dada la dificultad probatoria de dicho nexo causal, algún sector de la doctrina señala que el no suministrarle al paciente la información pertinente o no obtener su voluntad,

¹⁷⁵ (Castaño 401)

debiendo y pudiendo hacerlo, constituye una hipótesis culposa, que genera responsabilidad del profesional de la salud o del centro asistencial de indemnizar los perjuicios generados para el paciente por la no obtención del consentimiento en forma idónea¹⁷⁶.

En tal sentido el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de enero de 2002, se pronunció manifestando: *“El consentimiento que exonera no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozcan ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico. En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de condenarse a la demandada, por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”*.

Se puede establecer la existencia del nexo de causalidad en forma de indicio al formularse el siguiente cuestionamiento; ¿de haber sabido el paciente los riesgos a los cuales se vería expuesto con el procedimiento, o de habersele pedido su autorización habría consentido su realización?

¹⁷⁶ (Ibíd.)

Si al menos un indicio apunta a que el paciente no lo hubiera aceptado, dado su carácter autónomo para rechazarlo válidamente, debe darse por establecido el nexo causal.

Otra problemática interesante, se plantea en los casos en que el nexo causal es indirecto. Como ocurre cuando el acto anestésico se llevo a cabo adecuadamente y el daño causado al paciente, no tiene relación con la ausencia del consentimiento del paciente. Para algunos en desarrollo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, el anesthesiólogo deberá responder por los perjuicios causados, porque si se hubiera respetado la voluntad del paciente, se hubiera abstenido de realizar la intervención y el daño no se hubiera producido. Reafirma esta posición la consideración de que el hecho de informar y contar con la voluntad del paciente, son deberes que de cumplirse por parte del anesthesiólogo, implican una asunción por parte del paciente de los riesgos terapéuticos informados. En caso contrario de no autorizar el paciente el acto anestésico, el profesional de la salud al respetar la voluntad del paciente, no aplica el procedimiento, por lo cual, jamás se habrían producido los riesgos terapéuticos descritos.

Sobre este punto es importante mencionar que existen excepciones del deber de obtener el consentimiento informado del paciente, dentro de las cuales se encuentra el privilegio terapéutico, por medio del cual el anesthesiólogo puede en beneficio del paciente, tomar sin su consentimiento decisiones respecto de los procedimientos a seguir, ya sea porque no le es posible obtener su autorización, porque por ejemplo el paciente esta inconsciente en el curso de una cirugía, o porque la información de los riesgos y complicaciones de un procedimiento anestésico pueden generarle al paciente una reacción que impediría que el acto anestésico se pudiera llevar a cabo de manera segura.

En suma, existen posiciones que pregonan la responsabilidad del anesthesiólogo por los daños que se generen por un acto anestésico no consentido, así este se haya realizado de manera adecuada de acuerdo con los postulados de la *lex artis*. Otros en cambio, sostienen que es importante analizar el acto anestésico para determinar si el mismo se realizó de manera indicada dada la patología y necesidad de atención del paciente, porque en suma la asunción de los riesgos de un acto anestésico siempre estarán en cabeza del paciente porque el mismo se realiza en su beneficio, dada la necesidad de la intervención quirúrgica que le dio origen.

F. Relación de causalidad entre daño y acto anestésico

Como se dijo en capítulos anteriores es necesario que exista un nexo causal entre el daño generado por el anesthesiologo y el hecho para que de esta manera se pueda configurar responsabilidad. *“No puede dejar de considerarse el requisito del “nexo causal” adecuado el cual habrá de permitir establecer la autoría material del profesional responsable (imputatio facti), e igualmente qué resultados dañosos podrán ser tenidos como “efectos” de su conducta, en miras de fijar la extensión o medida del resarcimiento a su cargo.”* (López 462)

Por lo cual se aplican los mismos principios para el anesthesiologo de la responsabilidad civil médica en el sentido que el nexo causal se configurará cuando el anesthesiologo en su actuar omita sus deberes de atención y cuidado ya sea a título de culpa o dolo. *“En materia de responsabilidad civil médica se mostrará palpable la relación de causalidad adecuada entre el hecho generador y el resultado dañoso cuando el actuar del galeno implique inobservancia de los deberes de atención y de cuidado, por norma imputables al profesional a título de culpa, sea por acción u omisión.”* (Pérez de Leal 242)

El juez utilizará el sistema de la prognosis póstuma para determinar con base en las pruebas que estén si el anesthesiologo tuvo o no un obrar culposo y por ende es responsable del daño que sufrió el paciente. *“Es claro que este enlace causal se aprecia desde un análisis retrospectivo, por lo que se basa en un estudio de probabilidades; el juez realiza la llamada prognosis póstuma y determina, sobre la base de las pruebas colectadas en la causa, si la intervención del médico que se reputa culposa, constituyó la causa adecuada del daño sufrido por el paciente.”* (Opcit.)

1. Los elementos constitutivos de la culpa en el acto anestésico

En el caso de los anesthesiólogos la culpa se configurará teniendo en cuenta los elementos constitutivos de esta los cuales son: de impericia, negligencia, imprudencia, dolo o culpa. *“Bajo los términos analizados, definiremos la mala práctica médica anestésica como la actuación del médico anesthesiólogo con impericia, negligencia, dolo o culpa durante la aplicación de un método anestésico, teniéndose como resultado lesiones, incapacidad, daño o muerte del paciente. Asumiendo el anesthesiólogo la obligación de la reparación del daño y perjuicios a menos que demuestre que éste se produjo por culpa o negligencia de la víctima.”* (Uribe S110)

Entonces si se está por fuera del actuar diligente con pericia o prudencia puede ser constitutivo de responsabilidad. *“La conducta médica, cuando omite o actúa por fuera de los parámetros de la diligencia, pericia o prudencia, está inmersa en los supuestos de la culpa, y por ello, puede encontrarse dentro de los límites de la responsabilidad (...)”* (Guzmán 65)

i. Negligencia

Si se habla de mala práctica por parte de los anesthesiólogos es necesario probar que en principio hubo negligencia por parte del médico, la relación de causalidad y el daño causado. *“También en el segmento de la responsabilidad médica, consideramos que, como principio, quien imputa mala praxis médica al profesional interviniente, o sea culpa en su participación, debe*

necesariamente probar la negligencia del galeno, el daño causado y la relación de causalidad entre la actuación profesional y el daño acaecido.” (López 464)

La negligencia es entonces “(...) *sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de vista del derecho – y como elemento o forma de la culpa – es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión.*” (Yungano 160)

“El abandono del enfermo (no atenderlo; no concurrir a un llamado; no asistir en un caso de urgencia, no aguardar en caso grave a ser sustituido por otro profesional, etc.) que ocasiona un daño, que hubiera podido evitarse de haberse prestado la asistencia oportuna, constituye otro supuesto de negligencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal (...)” (Ibid. 165)

Cuando se habla de negligencia se hace referencia al abandono *“Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incuria. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo.”*

(Guzmán 73)

Se dice entonces que es negligente el anestesiólogo que omite llevar a cabo la conducta a la que se encuentra obligado jurídicamente o cuando cumple con sus deberes pero sin la suficiente diligencia. *“Decimos entonces que es negligente la persona que por descuido omite la*

realización de una conducta a la que estaba jurídicamente obligada o cuando despliega tal conducta pero sin la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso no deseado.” (Ibíd.)

Su definición puede ser entonces: *“La Negligencia se define como lo que es contrario al sentido del deber, por eso se dice que es el incumplimiento de los elementales principios inherentes; que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace: que teniendo los conocimientos y la capacidad necesaria (pericia), no los ponga al servicio en el momento en el que se necesitan.”* (Uribe S110)

ii. Diligencia

La diligencia es aquella conducta que debe tener el anesthesiólogo para prestarle asistencia y cuidados adecuados al paciente, por lo cual es necesario que el médico cuente con los conocimientos necesarios y los aplique con cautela y responsabilidad, de lo contrario incurrirá en culpa. *“La conducta esperable y exigible de quien posee el título de médico, es la de poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su detentación supone, prestándole la diligente asistencia profesional que el estado del paciente requiera en cada caso. (...) Lo que se le exige al profesional es que posea el caudal de preparación que comúnmente tienen los de su clase; que emplee los cuidados ordinarios, la pericia y la diligencia que guardan los demás en casos iguales. La culpa médica, por lo tanto estriba en obrar de un modo distinto al debido y exigible; en tener un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias.”* (López 484)

iii. Impericia

La impericia es una de las conductas más frecuentes por parte de los médicos en la producción de un daño que conlleve a responsabilidad. *“En su actividad y como resultado casi siempre de su impericia, el médico puede cometer errores que, en su caso, podrán ser motivo de responsabilidad.”* (Yungano 157)

La impericia hace referencia a la falta de conocimientos y experiencia a la hora de llevar a cabo un procedimiento. *“La impericia es la falta-total o parcial- de pericia, entendiendo por ésta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina.”* (Ibíd.155)

En el área de la anestesiología, la impericia es causante de graves resultados que van desde la parálisis hasta la muerte del paciente. *“La impericia en el campo de la anestesiología puede ocasionar desde parálisis o paresias hasta la muerte del paciente.”* (Ibíd. 156)

En algunos casos es necesario que se empleen terapias y procedimientos peligrosos que generen altos riesgos, en virtud a esto es necesario que el profesional tenga la suficiente preparación para que los riesgos se reduzcan al máximo. *“Impericia y terapéuticas peligrosas. El tratamiento de algunas afecciones implica el uso de terapéuticas peligrosas; ello debe significar la adecuada preparación del profesional para no caer en la forma de culpa preindicada debiendo obrar de modo tal que el riesgo que pueda producir sea menor que el daño que debe reparar.”* (Ibíd. 155)

Se puede traer como ejemplo un fallo español en el cual se ve claramente como se condena al anestesiólogo por impericia ya que éste empleo una concentración más alta de anestesia lo cual le generó consecuencias graves. *“En un caso en que se demandó al sanatorio y a la institución que lo contrató para atención de sus afiliados, he condenado a aquéllos por impericia anestesiológica. El paciente había sido internado con apendicitis con peritonitis y operado con analgesia peridural- si bien no contraindicada debió preferirse la general endovenosa inducida con barbitúricos e integrada por un relajante muscular- a raíz de lo cual se le ocasionó una paraplejía que evolucionó a una parapesia, presumiblemente- según se sostuvo en la peritación médica- por una mayor concentración del anestésico a lo que se agregó un defectuoso protocolo quirúrgico con omisiones relativas a la anestesia. (Causa “Bernal, Samuel Antonio c/ D.I.B.A y Sanatorio Segurola”, 21 - 9- 79, confirmada por el tribunal de alzada el 24/8/82, L. 261.011, aumentándose el monto de la condena, atento el tiempo transcurrido).”* (Ibíd. 159)

En conclusión la impericia hace referencia entonces a la falta de conocimientos básicos que son indispensables para tratar a un paciente. *“La Impericia. Es la falta de conocimientos técnicos, básicos e indispensables, que se deben tener obligatoriamente. La pericia es lo que obligatoriamente debemos tener de acuerdo con el grado profesional y/o académico.”* (Uribe S110)

iv. Imprudencia

La imprudencia hace referencia a la falta de cautela con la que obra el anestesiólogo contraria al actuar debido. *“La imprudencia es, obviamente, la falta de prudencia; realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. La prudencia debe ser – o es- una de las virtudes*

médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado. En sentido estricto se identifica con el conocimiento práctico y por lo tanto idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose en aquella la experiencia, la comprensión del caso actual, la claridad para saber qué es lo que se debe hacer y el trato que debe darse al paciente y a sus familiares. O sea que la imprudencia puede definirse como la conducta -positiva- contraria a lo que el buen sentido aconseja.” (Yungano 159)

Los elementos esenciales de cuidado los cuales hacen referencia a la previsión y la prevención se encuentran presentes siempre en un actuar prudente. *“Cuando nos referimos a la prudencia, siempre estamos pensando en la previsión y la prevención, ya que estos dos conceptos son elementos esenciales de cuidado. Prever es la capacidad de ver con anticipación, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se ejecuta una acción. Prevenir consiste en tomar todas las medidas necesarias para que un resultado dañoso no se produzca.”(Guzmán 67)*

Para que se pueda hablar de un actuar prudente es necesario que haya pleno conocimiento de la situación del paciente teniendo en cuenta sus limitaciones y vigilándolo de manera permanente. *“El acto médico prudente se basa entonces en el conocimiento profundo de las condiciones del enfermo, en la aceptación de las propias limitaciones, la planeación reflexiva del mejor camino terapéutico a seguir, la previsión de la mayoría de formas de complicación y la permanente vigilancia de resultados adversos y no deseados.”(Ibíd.)*

La imprudencia en cambio, será todo lo contrario; obrar sin el cuidado necesario sin tener en cuenta si es o no oportuna la intervención y sus respectivos efectos. *“La imprudencia consiste*

entonces en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos; es un comportamiento defectuoso resultante de una respuesta al estímulo que la provoca sin que el sujeto haya realizado la suficiente valoración sobre la oportunidad o inoportunidad, conveniencia o inconveniencia, de la reacción y, desde luego, sin la suficiente graduación de la intensidad de su efecto.” (Ibíd. 69)

Lo que caracteriza a la imprudencia en general es no haber tomado las medidas necesarias para evitar un daño, es lo contrario al buen actuar de un especialista, en este caso de un anesthesiólogo. *“En materia médica, podemos decir que la imprudencia consiste en una acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones o a no implementar las medidas que puedan evitar o atenuar un resultado no deseado y nocivo para el paciente. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.” (Ibíd.)*

Es claro que se presenta un descuido, una ligereza de la cual se pudo prescindir. *“(…) Es, por lo tanto, una forma de conducta ligera o descuidada, de la cual había que abstenerse. Es exceso de acción que coloca al paciente por fuera del riesgo previsto, sea por inobservancia de reglamentos, precipitud, falta de tiempo de dedicación necesaria al paciente, procedimientos temerarios, experimentación ilegal, no aceptación de las limitaciones propias, etc. Es como algunos lo ha denominado, una culpa consciente.” (Ibíd. 71)*

Una de las maneras de evaluar la culpa en este caso es haciendo un análisis de cuál hubiera sido un actuar prudente por parte de un anestesiólogo en iguales condiciones. “(...) *insistimos, el obrar del médico debe evaluarse comparándolo con lo que otro médico de iguales condiciones hubiera hecho dentro de los términos de la prudencia.*” (Ibid. 73)

El cuidado que se debe tener se analiza desde el punto de vista interno: que se refiere a la conciencia de las limitaciones y capacidades, y a un punto de vista externo: aquí se analizan las circunstancias propias del paciente y del ambiente. “*Ese deber de cuidado de nuestros actos debe ser tanto interno como externo. El primero, es decir el cuidado interno, se refiere a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. Ese mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia.*” (Ibid. 66)

2. Eximentes de Responsabilidad del Anestesiólogo

El anestesiólogo, al igual que en responsabilidad civil médica general puede eximirse de responsabilidad alegando una de las causales nombradas en capítulos anteriores. “*El médico demandado por una acción de daños y perjuicios puede argumentar –y demostrar- para eximirse de responsabilidad, que el hecho invocado no configura uno de aquellos que puedan ser tipificados como falta médica, o bien que no existe relación causa-efecto entre la falta imputada y el daño causado; pero como la prueba negativa puede resultar difícil de producir, el*

médico deberá orientar su defensa en el sentido de acreditar la existencia de una causa por la que no debe responder, o sea una causa extraña a la conducta del profesional” (Yungano 168)

i. Error

La anestesiología es una de las áreas de la medicina en donde más se presenta este fenómeno del error ya que al no ser una ciencia exacta tiene el elemento que el médico pueda fallar con base a un error excusable es decir sin que exista culpa inmerso en el. *“El error excusable o error médico propiamente dicho (aquel que no se acompaña de culpa) es un eximente de la responsabilidad. La anestesiología no es una ciencia exacta ni exenta de riesgos, por lo que el médico anestesiólogo está sujeto a la posibilidad de fallar. Precisamente la no existencia de culpa determina la falta de uno de los elementos sine qua non de la responsabilidad civil.”* (Uribe S111)

Un ejemplo en donde se presenta un error excusable en el campo de anestesiología podría ser en aquella situación en la cual se podrían llegar a utilizar drogas de alto poder aptígeno (medicamentos tales como tucurin, atracurium) contra drogas de bajo poder aptígeno (medicamentos tales como propofol, norcurum-vecuronium), las primeras tienen mayor potencialidad de desencadenar fenómenos alérgicos, ya en cuanto a las segundas que tienen una menor potencialidad de desencadenar fenómenos alérgicos. Si llega un paciente mayor (60-65 años) que no tiene antecedentes alérgicos en teoría ambas drogas podrían utilizarse, el problema es que cualquiera podría llevar a una complicación de anafilaxia (respuesta exagerada a la anestesia porque se genera una reacción imprevista, alergia que lo podría llevar a la muerte).

ii. Caso fortuito

En el caso de la anestesiología se puede presentar un caso fortuito como aquella situación que no se pudo prever y que si se pudo prever no fue posible que se evitara, un ejemplo perfecto para que esta causal quede clara es las reacciones alérgicas a anestésicos así como la hipertermia maligna.¹⁷⁷ “Se entiende como caso fortuito, lo que no puede preverse o habiendo sido previsto no es posible evitar. Se destacan como características su imprevisibilidad, extraneidad y muy especialmente la inevitabilidad. Como las reacciones alérgicas a medicamentos anestésicos.” (Uribe S111)

iii. Culpa Exclusiva de la Víctima

También hay casos en los cuales el anestesiólogo queda eximido de responsabilidad en virtud al actuar del paciente porque por ejemplo no cumple con las indicaciones que éste le da. Existen ciertos casos en que la propia conducta del enfermo exime al médico anestesiólogo de responsabilidad. Son los daños producidos por broncoaspiración, por no llevar el ayuno recomendado antes de la anestesia, por el abandono del tratamiento antes de la anestesia para el control de cualquier enfermedad del paciente sin que se comunique al anestesiólogo.

¹⁷⁷ “Es una enfermedad hereditaria que ocasiona una rápida elevación de la temperatura corporal (**fiebre**) y contracciones musculares intensas cuando la persona afectada recibe **anestesia** general. Esta afección no es lo mismo que hipertermia debido a emergencias médicas, tales como **insolación**.” <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001315.htm> (Medline Plus Enciclopedia Médica)

Otro ejemplo de esta causal es cuando el paciente consulta a más profesionales sin comunicárselo al anesthesiologo, entre otros que llevarán a la ruptura del contrato de asistencia médica entre el paciente y el anesthesiologo. *“La consulta a un nuevo profesional por una lesión sin comunicárselo al anesthesiologo. Estas circunstancias citadas a título de ejemplo implican la ruptura por parte del paciente del contrato de asistencia médica.”* (Ibíd.)

iv. Intervención de Terceros

Así mismo también quedará eximido el anesthesiologo por conductas derivadas de terceros que generan un daño. *“Tampoco existirá responsabilidad del médico cuando del resultado dañoso se debe a la intervención de terceros (...) determinan la falta de la imprescindible relación causal entre el acto médico y el daño.”* (Ibíd.)

Se entiende por terceros aquellas personas diferentes al personal quirúrgico, auxiliar o cualquier otro que haya participado en la asistencia y cuidado del paciente.

G. Trabajo en Equipo Médico Quirúrgico

1. Generalidades

El equipo médico se define como: *“El equipo médico es, pues, el grupo de profesionales de la salud que tiene a su cargo la atención, el manejo y la responsabilidad del enfermo, cada uno en su campo y trabajando como un todo.”* (Guzmán 87)

En el equipo médico se presenta un orden jerárquico con respecto a la distribución de funciones. *“En el equipo médico, por norma, nos encontraremos con una situación en donde predomina el orden jerárquico en la distribución y control del trabajo, en una relación de supra subordinación en la que el cirujano jefe ocupa una posición de preeminencia.”* (Pérez de Leal 177)

El equipo médico está integrado por: *“Integran el equipo médico jefe, sus asistentes o auxiliares y los colaboradores.”* (Ibíd.)

El equipo médico surge por la necesidad que un paciente sea atendido al mismo tiempo por varios especialistas. *“Con fundamento en la creciente especialización aludida suele suceder que en una determinada etapa de la curación del paciente intervengan distintos facultativos: radiólogos, cardiólogos, anestesistas, patólogos, bioquímicos, hemoterapeutas, transfusionistas, etc.; o bien que se requiera al asistido una serie de estudios complementarios para la*

elaboración del diagnóstico, para cuyo cumplimiento el enfermo deberá requerir los servicios de diferentes especialistas.” (Ibíd. 174)

La división de trabajo al interior del equipo médico puede ser horizontal o vertical, ésta última será entonces: *“La modalidad de la prestación es coordinada, orientada, vigilada e impuesta técnicamente por el jefe de equipo mediante una división vertical de trabajo, ” (Ibíd.)*

En cambio por otro lado la división horizontal de trabajo será: *“por contraposición con aquellas hipótesis en que, con fundamento en la independencia técnica y científica de funciones y en la posibilidad de deslindar específicamente la prestación a cargo de cada facultativo, es procedente hablar de distribución horizontal de tareas.” (Ibíd.177)*

El caso más común alrededor del equipo médico es la responsabilidad del cirujano jefe quien deberá vigilar el cumplimiento de todas las funciones que se encuentren en el personal a su cargo. *“El ejemplo más palpable es el que aporta la práctica de los equipos quirúrgicos, en donde el cirujano jefe, por ser tal, además de la responsabilidad que le es propia, también debe cumplir con deberes de diligencia vinculados con la elección del personal a su cargo y con el control del correcto cumplimiento de las funciones encomendadas.” (Ibíd.)*

En estos casos responderá el jefe de equipo por sus auxiliares y colaboradores. *“En nuestro Derecho-y dejando fuera del análisis los supuestos en que el profesional en jefe responde por el hecho propio-, en principio y tratándose de un equipo médico, es el jefe de equipo quien responderá indirectamente por el hecho ajeno, esto es, por sus auxiliares y colaboradores sin autonomía técnica, cuando el primero dirige y coordina la actividad de los últimos.” (Ibíd. 178)*

En el tema de equipo médico es necesario que quede claro si el paciente contrata con cada uno de los diferentes integrantes del equipo médico o si por el contrario lo hace directamente con el jefe de éste. *“En primer lugar, se debe establecer si el paciente contrató con cada integrante del equipo en forma individual o si lo hizo directamente con el jefe de equipo.”* (Ibíd. 179)

En el caso que el paciente haya contratado con cada uno de los profesionales, el cirujano sólo sería responsable por el hecho de los colaboradores que directamente dependen de él para el manejo del acto médico. *“Si la contratación fue realizada por el paciente con los distintos profesionales que a la sazón se encuentran integrando el equipo, la responsabilidad será individual y de cada facultativo, conforme lo expuesto en relación a la prestación médica en grupo. El cirujano sólo responderá por los hechos del personal auxiliar y por los colaboradores técnicamente dependientes de los que se valió para llevar a cabo el acto.”* (Ibíd. 163)

Por otro lado si el paciente contrata la prestación de servicios con el jefe de equipo y es éste último quien se encarga de seleccionar a los demás médicos y auxiliares necesarios en el procedimiento, es el jefe de equipo quien deberá responder directamente por las actuaciones de cualquiera de los que contrató para que atendieran al paciente *“Si el enfermo contrata los servicios del jefe de equipo y este profesional es quien selecciona al personal que participará en calidad de auxiliar o colaborador para la realización del acto médico, práctica o intervención, será el médico jefe quien responderá ante el paciente,(...)”* (Pérez de Leal 179)

Lo anterior claro está sin perjuicio de la acción de la acción ordinaria de repetición contra particulares que el cirujano pueda tener contra quienes efectivamente causaron el daño pero el

cirujano es quien debe indemnizar a la víctima. *“En relación interna puede haber repetición contra el culpable único de quien indemniza a la víctima, pero frente al dañado en la relación externa, la pluralidad de dependientes no puede jugar como factor de dilución.”* (Ibíd.)

Para que dicha acción de repetición proceda es obvio que deberá probar que la autoría estaba en cabeza de otro interviniente y no del jefe del equipo. *“Es obvio que el profesional demandado como miembro del equipo que paga la indemnización, tiene acción contra aquel que considera responsable, con la prueba de la autoría.”* (Mosset 122)

La labor de buscar quien es el autor del daño y en qué momento se generó no es una labor sencilla *“No es sencillo, en la realidad de las prestaciones profesionales grupales, averiguar en la “órbita de qué especialidad” se generó el perjuicio, cuando han intervenido, para la realización de un mismo acto profesional, varios especialistas.”* (Ibíd.120)

En virtud de esto hay eventos en los que no es posible imputar responsabilidad a un miembro sino que se verá la responsabilidad por parte de todos los integrantes del equipo médico. *“También puede suceder que se produzca un perjuicio como consecuencia de la actuación organizada del conjunto de individuos componentes de un “equipo médico”, sin que se pueda establecer a ciencia cierta su verdadera causa o individualizarse al responsable directo, en razón de la complejidad de labor desarrollada y de la interrelación existente entre las diversas conductas concretas de los distintos partícipes.”* (López 515)

Podemos afirmar que entre el cirujano y el anesthesiólogo existe una relación horizontal, ya en cuanto al anesthesiólogo y el personal auxiliar quirúrgico existe una relación vertical, en la medida en que el personal presta su colaboración en el acto anestésico.

2. Culpa in eligendo y culpa in vigilando

En caso tal que el anesthesiólogo o el cirujano tratante contrate con un personal que no cuente con la capacitación necesaria y esta condición debió haber sido conocida por el jefe de equipo se hablará de culpa in eligendo por parte de éste. *“Hablaemos de culpa in eligendo cuando el personal que acompaña al médico jefe no tiene la capacitación necesaria y tal extremo es conocido o debió serlo por el jefe de equipo.”* (Pérez de Leal 180)

Si por otro lado lo que se presenta es una situación en la cual el anesthesiólogo y/o cirujano tratante delega funciones que son propias de otros médicos, por ejemplo delega las funciones del anesthesiólogo a otro tipo de especialista y durante esta delegación el paciente sufre un daño, se estará hablando de culpa in vigilando por parte del médico. *“También surgirá culpa in vigilando que pesará sobre el jefe de equipo, cuando éste delegue funciones que le son propias en otro de los médicos, aunque sea temporalmente, y el paciente experimente un daño durante dicha delegación.”* (Ibíd.)

El fundamento de lo anterior es la confianza que depositó el paciente en el jefe de equipo médico para que éste último obrara en posición de garante frente a él. *“El profesional, como jefe de equipo, ha asumido la protección y custodia de la salud del paciente, colocándose en una*

posición de garante frente al enfermo que con él contrató porque sus conocimientos especiales le inspiraba confianza.” (Ibíd.)

Es necesario aclarar que aún cuando el equipo médico tenga una posición de garante con respecto al paciente, no quiere decir que éste deba responder de cualquier negligencia que haya sido cometida por los integrantes del equipo médico. La responsabilidad del jefe llega hasta donde éste pudo controlar, dirigir o coordinar. “(...) *determinar que en la cirugía intervino un equipo no significa decir que en toda hipótesis el cirujano jefe debe ser declarado responsable de cualquier negligencia cometida por los demás miembros. Su responsabilidad llegará hasta donde pudo o debió controlar, dirigir y coordinar la actuación conjunta.*” (López 514)

3. Culpa en el Ejercicio de Grupo

En el equipo médico se puede presentar la culpa en diferentes maneras y dependiendo frente a cual se está se responderá de una manera u otra.

La primera es la culpa en virtud al error no excusable por parte del anesthesiólogo y/o cirujano tratante, en este caso se deberá probar impericia, negligencia, imprudencia o dolo para poderse imputar responsabilidad. “*A-Culpa debida a error no excusable del director del equipo, en cuyo caso responde ante la ley si se prueba impericia, negligencia, imprudencia o dolo.*” (Guzmán 89)

También se puede presentar una culpa en virtud del error de uno de los integrantes del equipo médico que dependen del anesthesiólogo y/o cirujano tratante, aquí se presentará una responsabilidad en cabeza de los dos. *“B-Culpa debida a error de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director. En este caso ambos deben responder. Ej.: el profesor de cirugía que deja intervenir un paciente por el residente sin la respectiva supervisión. Ej.: el olvido de una compresa por parte de una instrumentadora que no practica un recuento antes de cerrar el abdomen.”* (Ibíd.)

Se puede presentar que por un descuido de uno de los integrantes, otro integrante genere un daño el ejemplo aquí el de un anesthesiólogo que aplica la anestesia del paciente de un cirujano que es incompetente para llevar a cabo el procedimiento. *“C-A la culpa del uno se puede sumar el descuido o falta de vigilancia del otro. Ej.: el anesthesiólogo que, sabiendo que un médico no es cirujano titulado y conociendo además su incompetencia técnica, procede con la anestesia. Ej.: el anesthesiólogo que se ausenta de la sala de cirugía y el cirujano que lo permite.”* (Ibíd.)

Frente al caso anterior existen unos agravantes que hacen referencia situaciones en la cuales uno de los miembros del equipo médico advierte del error y posible daño a causar y el responsable hace caso omiso de esta advertencia, aquí se dejaría de hablar de una actuación culposa y se pasó a una dolosa. *“Agravantes: uno de los miembros del equipo advierte del error que se está cometiendo y del daño a causar, pero el corresponsable no acepta la sugerencia. Es evidente, que en casos como éste, el sujeto que en un primer momento desarrolla una actuación simplemente culposa, una vez advertido por otro de su descuido o equivocación, si persiste, ya lo*

hace con pleno conocimiento y completa voluntad, por lo que, al ‘querer’ actuar en esa forma y ser consciente del daño que va a causar, habrá pasado de la culpa al dolo.” (Guzmán 89)

En el caso tal en el que no sea posible determinar la responsabilidad para un miembro en particular del equipo médico, se hablará de culpa colectiva en la cual responderán solidariamente todos los miembros del equipo. *“D- La culpa colectiva. Cuando existe un daño evidente y no se puede atribuir responsabilidad a un miembro del equipo en particular, la responsabilidad es colectiva. Esto aplica en la esfera civil y no en la penal. Se basa en la dificultad de determinar el causante del daño, sea por lo complicado de un procedimiento o por el fenómeno del encubrimiento por parte de los demás miembros del equipo.” (Guzmán 90)* Esta posición es debatida por cuanto establece un régimen de responsabilidad objetiva que no encuentra un fundamento distinto a una dificultad eminentemente probatoria de la culpa de los integrantes del equipo médico.

También es posible que la culpa que se presente haga referencia a la utilización de equipos defectuosos, aquí dependerá, si el médico los usa a sabiendas se presentará una imprudencia o por otro lado que el médico no tenga la posibilidad de saber que el instrumento o equipo estaba en malas condiciones. *“E- Culpa por utilización de equipos defectuosos. En este caso, a sabiendas de que los instrumentos no son idóneos, se insiste en utilizarlos de modo que, sin poder confiar en ellos, se comete evidentemente una imprudencia. Quedaría exculpado, como es lógico, el personal médico, paramédico o de enfermería que los usará como último recurso absolutamente necesario ante la carencia de alternativas viables.” (Ibíd.)*

Para que los integrantes del equipo se puedan eximir de responsabilidad, será necesario que cada uno demuestre su diligencia y cuidado. *“Es importante resaltar que corresponde a cada uno de los participantes probar su diligencia y cuidado, para eximirse de esta responsabilidad en red, que surge de las actuaciones conjuntas o secuenciales.”* (Ibíd.87)

4. Delegación de Funciones Médicas

Delegar significa: *“En términos administrativos, delegar significa distribuir funciones específicas entre los subordinados (profesores subordinados, residentes, internos, estudiantes, enfermeras y personal paramédico), sin disminuir la responsabilidad del mando y manteniendo un estrecho nivel de supervisión.”* (Ibíd.90)

Hay ciertas funciones que no se pueden delegar en materia médica *“(…) existen algunas funciones que no son delegables, entre las cuales se incluyen decisiones que afectan a grandes grupos profesionales; hechos decisivos en la terapéutica de un enfermo; mantenimiento de la disciplina hospitalaria y universitaria; funciones técnicas que requieren talentos especiales; tareas delicadas de emergencia; y aquellos trabajos específicamente asignados por las autoridades del hospital a personas concretas.”* (Ibíd.)

Para delegar es necesario en primer lugar asignar cuales son los deberes, cuales son las responsabilidades y cuál es la autoridad encargada de supervisar. *“El proceso de delegación incluye varios pasos: asignación de deberes (actividades a realizar); asignación de autoridad*

(dar poder para ‘hacer algo en nombre de el’); asignación de responsabilidades (compromiso del subordinado para realizar lo que se le ordena).” (Ibíd.)

La delegación implica entregar responsabilidades operativas, es necesario que quien recibe sea competente para dichas actividades y no se puede delegar funciones que no se puedan controlar.

“En esencia son responsabilidades operativas, pues la responsabilidad última nunca se delega. Las consideraciones en el proceso son: tener en cuenta las habilidades de quien recibe la delegación; no delegar tareas cuyos resultados no se puedan controlar; delegar en aquellos que compartan la filosofía de la función delegada; una vez se delegue, evaluar el modo operativo y los resultados.” (Ibíd.)

El médico que delega deberá pedir informes periódicos y brindar una asesoría permanente al delegado. *“¿Cómo se controla la delegación? Por medio de informes periódicos, asistencia al subordinado, tomado en cuenta opiniones de otros, reuniones de rutina de asesoría y observación directa sin frustrar la iniciativa” (Ibíd.92)*

i. Delegación y Daño

Puede pasar que el médico delegante y delegado cumplan las normas a cabalidad y por lo tanto no haya una situación en la cual se produzca un daño. *“I-Delegación sin producción de daño. En este caso, siguiendo las normas de excelencia del acto médico, si se obtiene el resultado esperado o, en caso de no obtenerse tampoco se causa un daño, no cabría posibilidad de queja por parte del enfermo.” (Ibíd.)*

Por otro lado, en el caso tal en el que se produzca un daño que sea objeto de la delegación, el médico que delega, deberá responder contractualmente salvo que el paciente haya consentido en la delegación y en este caso responderá el delegatario contractualmente. Si por el contrario el delegatario no fue ratificado por el paciente entonces responderá de manera extracontractual. “2- *Delegación con producción de daño. En este caso el médico delegante responde contractualmente. El sustituto responde en la misma forma cuando el paciente ha sido informado de la delegación y ha dado su consentimiento para la misma. De lo contrario, responde en forma extracontractual.*” (Ibíd.)

Otra opción que se presenta es que se necesite la participación de manera simultánea de otro especialista y de esta manera se produzca un daño, caso en el cual deberán responder ambos médicos. “3-*Derivación hacia otro especialista. Esta puede hacerse, bien porque se requiere una participación simultánea, en cuyo caso y de acuerdo con circunstancias específicas de cada caso, uno o ambos médicos responden si se produce un daño.*” (Ibíd.)

En estos casos de delegación por parte del anestesiólogo tratante en otros anestesiólogos se habla de cesión temporal del contrato de prestación de servicios médicos, esta cesión no exime de responsabilidad al delegante en aquellos casos en los cuales el incurra en error, el delegatario incurra en error o que los daños se deriven de omisiones, descuidos o negligencia. “*Finalmente, se ha decidido que cuando el cirujano jefe delega en uno de sus médicos del equipo lo que hay en estos casos es una simple cesión temporal del contrato de locación de servicios en cuanto al lugar que en él ocupaba el médico jefe, aunque de carácter temporario con las mismas*

atribuciones, deberes y derechos. Esta cesión, o mejor dicho delegación de un médico a otro, de ningún modo exime al delegante de la eventual responsabilidad en que pudiera llegar a incurrir, sea por sus propios errores, sea por los del médico sustituto frente al paciente delegado, a condición, naturalmente de que esas deficiencias, omisiones, descuidos o negligencia se demuestren con prueba irrefutable.” (López 514)

5. Posición del Anestesiólogo en el Equipo Médico

Cuando se habla de división de trabajo dentro del equipo médico, ésta puede tomar dos formas: puede ser horizontal o vertical. *“De esta forma, puede hablarse de la existencia de una división del trabajo dentro del equipo, que puede ser vertical u horizontal.” (Diez 60)* La primera será jerárquica y en la segunda habrá una situación de igualdad. *“La organización de estos equipos no es siempre la misma: pueden tener una organización externa jerárquica o puede existir entre sus miembros una relación de igualdad” (Mosset 116)*

La división vertical hace referencia a una especie de delegación en la cual existe una relación de jerarquía y subordinación, esta relación es por ejemplo la del jefe del equipo médico y los enfermeros. *“Define Vázquez Ferreyra estos conceptos con total claridad. “la división vertical, o más correctamente delegación, se refiere a una situación donde está manifiestamente presente*

una relación de jerarquía, estableciendo una relación de supra y subordinación”. Un ejemplo lo constituye la relación entre jefe y enfermeros.” (Diez 61)

En este caso lo que generalmente se presenta es que el jefe del equipo contrata con el paciente y asume la responsabilidad frente a éste. *““en el primer caso-verticales-existe un jefe de equipo, normalmente el cirujano, que es quien contrata con el enfermo y quien asume contractualmente la responsabilidad en relación con él (...)” (Lorenzetti)” (Opcit.)*

Por otro lado la división horizontal hace referencia a aquella situación en la cual existen varios profesionales que por sus conocimientos y capacitación se encuentran en igualdad de condiciones a pesar de existir un jefe que se encarga de supervisar y organizar, en este tipo de división de trabajo es que se encuadra la relación el jefe de equipo médico con el anesthesiólogo. *“Por su parte “la división del trabajo horizontal, o división de trabajo en sentido estricto, es la que se da entre profesionales que por su capacitación, competencia e independencia se encuentran en situación de igualdad... aunque sin llegar a desconocer la supremacía del jefe de equipo en cuanto a sus funciones de organización y supervisión” El caso típico lo constituye la relación entre cirujano y anestesista.” (Diez 61)*

Es decir este tipo de división se caracteriza por no estar presente el fenómeno de la subordinación por parte del cirujano jefe del equipo médico con el especialista. *““(…) en el segundo, las relaciones entre los miembros del equipo son paritarias, puesto que no existe entre ellos ningún tipo de subordinación; sin perjuicio de que alguien actúa “al exterior” como jefe del equipo para las relaciones con los clientes y los enfermos” (Lorenzetti)” (Mosset 116)*

Con base a lo anterior existen dos situaciones que habría que analizar, ya sea que el cirujano jefe responda por el actuar de sus subordinados o que responda frente a aquellos que tienen autonomía en su profesión *“La definición de equipo médico nos permite vislumbrar las dos posibilidades que se pueden presentar: que el cirujano jefe deba responder por el actuar de sus subordinados, o que deba responder por el actuar de un profesional del equipo con autonomía científica, como lo es el anestesista.”* (Opcit.)

La doctrina en su mayoría se ha encargado de establecer que en el segundo caso, es decir cuando existe división horizontal del trabajo, como en el caso de los anestesistas, la responsabilidad se hace personal en virtud a la especialidad de cada uno de ellos. *“La doctrina no ha arribado a una posición unánime respecto a las responsabilidades en estos casos. Al decir de Urrutia, las opiniones fluctúan desde quienes afirman que “la aparición de especialistas con autonomía, como los anestesistas, hace que la responsabilidad se fragmente, se haga personal, porque cada uno de ellos es quien conoce bien su especialidad””* (Diez 62)

El anestesista en general deberá llevar a cabo su actividad junto con otro tipo de especialistas *“Es por todos conocido que el anestesista realiza su actividad juntamente con otros especialistas, como cirujanos, radiólogos, gastroenterólogos, ginecólogos, obstetras, otorrinolaringólogos, cardiólogos, transfusionistas, etc.”* (Pérez de Leal 163)

La relación en el equipo médico del anestesista es una división horizontal de trabajo en la cual éste debe asumir su propia responsabilidad frente a la producción de un daño. *“La relación cirujano-anestesista es un caso típico de división horizontal de trabajo, en función de que en ella*

se destaca la nota característica de esta modalidad de desempeño de funciones, la que reside en un idéntico nivel de formación técnico-científica cada cual en su especialidad. Esta división horizontal de funciones, en la que cada profesional asume en forma personal las tareas que competen a su formación conlleva una responsabilidad también personal por las tareas que desempeña cada facultativo.” (Ibíd.164)

Por otro lado existe también una parte de la doctrina que sostiene que el cirujano jefe del equipo médico es el responsable de todas las actividades que se desarrollen en el acto médico y por lo tanto debe ser un poco de cada una de las especialidades requeridas. *“(…) hasta quienes sostienen que “el cirujano asume ante el paciente toda la responsabilidad, y, que debe estar capacitado para dirigir e incluso controlar a sus colaboradores; debe ser un poco anestesista, reanimador y biólogo.”” (Diez 62)*

En este caso se va a unir a la doctrina mayoritaria considerando que el anestesista en el evento en el que participe en un equipo médico y genere un daño deberá responder de manera independiente y autónoma ya que su vínculo reviste de este tipo de autonomía e independencia. *“La doctrina mayoritaria reconoce la existencia de una plena autonomía científica y técnica del anestesista, sentando sobre esta premisa el principio de las responsabilidades independientes.”* (Ibíd.)

Lo anterior, claro está, sin desconocer el deber de supervisión, vigilancia y control que debe tener el jefe del equipo médico sobre los especialistas que intervengan en el acto médico. *“Sin*

embargo, sostienen que si bien el anestesista no depende del cirujano jefe, éste tiene un deber de dirección y vigilancia sobre todos los miembros del equipo.” (Ibíd.)

El anesestiólogo es de los especialistas en el equipo que se manifiesta de manera más clara con autonomía e independencia, aunque no es el único que reviste de estas características. *“Dentro del equipo quirúrgico es la labor del anestesista la que se palpa con mayor nitidez como autónoma tanto técnica como científicamente; sin embargo, otros colaboradores, tales como los patólogos, los radiólogos, los cardiólogos y los transfusionistas, entre otros, y que por su especialidad intervienen en el acto médico-quirúrgico o en la práctica médica, merecen igual consideración a la luz del derecho y de los dictados jurisprudenciales.”(Pérez de Leal 164)*

En el caso tal en el que se presente que son varios los responsables del daño que se causó al paciente deberá operar la figura de la solidaridad. *“Para Fernández Costales, “debe aceptarse la solidaridad en el caso de pluralidad de responsables, cuando en el caso particular no se puede precisar y probar quién o quiénes y en qué cuantía causaron inmediatamente el daño (...) de no ser así pesaría sobre el perjudicado la carga muy onerosa de demostrar la parte de daño que a cada uno le es atribuibles para condenarle a la reparación”. (Mosset 117)*

Lo anterior es con el ánimo de proteger a la víctima puesto que puede resultar para ella engorroso determinar con exactitud quien es el responsable por el daño que se generó. *“(…) la víctima no pudiese determinar el origen del perjuicio, entendemos que no es a su cargo averiguar la mecánica de los acontecimientos, asistiéndole por tanto el derecho de reclamar el*

resarcimiento a todos los médicos que participaron en su atención en forma conjunta.”
(Opcít.165)

Esta culpa colectiva operará a manera de presunción y abarcará a cada uno de los participantes en el acto médico. *“Si no se encuentran individualizados el autor del hecho o la génesis del perjuicio, existirá una presunción de culpa colectiva (...) que abarcará a todos los intervinientes en la práctica o cirugía, en función de que frente a la víctima la pluralidad de deudores no puede actuar como factor de dilución de responsabilidad, sin perjuicio de las acciones de repetición que entre los integrantes del grupo médico pudieren existir.”* (Pérez de Leal 166)

Es claro que en el evento en que se sepa a ciencia cierta quién es el autor del daño, éste deberá responder salvo que se pruebe que existió por parte del jefe del equipo médico una omisión a su deber de vigilancia y control. En el caso del anestesista hay que aclarar que el hecho que el cirujano se haya encargado de contratarlo o elegirlo a él para una determinada intervención no exime al primero del cumplimiento a cabalidad de sus deberes. *“Si se supiera quién cometió el error, está claro que sólo ese agente será el responsable: “En los casos de pluriparticipación médica, como ocurre en el acto quirúrgico, cada uno de los integrantes del equipo responde en la órbita de su especialidad, y actúa con autonomía profesional, técnica y científica, y sólo podría llegar a responsabilizarse al jefe del equipo en supuestos en que éste pudo o debió vigilar los actos de sus colaboradores. La circunstancia de que el médico anestesista haya sido convocado por el cirujano no traslada o delega el deber de aquel de ser responsable de su tarea”* (Cámara de Apelación Civil y Comercial de Paraná)” (Mosset 120)

Uno de los deberes que debe cumplir en anestesiólogo es el de permanecer en el quirófano permanentemente durante el acto médico para poder prever una circunstancia que pueda requerir de su intervención inmediata, en relación al equipo médico el jefe cirujano no puede entonces permitir que éste especialista se retire del quirófano puesto que estaría incurriendo en culpa in vigilando. *“A pesar de que entre cirujano y anestesista existe división horizontal de trabajo, que se vincula con la técnica de la tarea que a cada uno compete, existiría culpa in vigilando en relación al personal que acompaña al médico jefe cuando éste permite al anestesista retirarse momentáneamente del quirófano.”* (Pérez de Leal 179)

Lo anterior es en virtud a que le cirujano puede que no deba indicarle las particularidades propias de la especialidad al anestesista pero si deberá cumplir con sus deberes de vigilancia y control para que dichas especialidades sean cumplidas a cabalidad, con prudencia y diligencia. *“Es que el cirujano no podrá indicarle al anestesista la técnica de narcosis ni interferir en cuestiones de su especialidad, pero sí vigilar y controlar el cumplimiento de deberes generales de prudencia y diligencia de las personas que, aunque con autonomía científica, participan con él del acto quirúrgico.”* (Ibíd.180)

Cada uno de los intervinientes será responsable de su propia especialidad, sin embargo en ellos reside no solo la responsabilidad de su especialidad sino también de la efectiva labor de los demás participantes ya que la falla o conducta culposa por parte de uno puede incidir en la actividad del otro. *“Hay que dejar claro que en el caso de una intervención quirúrgica, el cirujano y el anestesiólogo tiene su propio campo de responsabilidad, es decir, el uno no es*

dependiente del otro, pues cada uno es especialista en su área. Sin embargo, en caso de daño, la acción nociva de alguno puede agravarse con la conducta culposa del otro.” (Guzmán 87)

H. Derecho comparado y Casos.

En este capítulo se llevará a cabo un análisis general de cómo se maneja el tema de la anestesiología en otros países ya sea en términos legales o jurisprudenciales, tomando elementos que nos sirvan para fortalecer argumentos anteriormente enunciados. Hay que tener en cuenta que en el caso de los países latinoamericanos, éstos utilizan para regular el área de la anestesiología por las normas CLASA (Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiólogos), las cuales fueron mencionadas anteriormente.

Así mismo estos países siguen parámetros de las normas establecidas por la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico (SIDEME) la cual se encarga de agrupar a los profesionales en derecho médico y de salud. *“Art.1.- Con el nombre de SOCIEDAD IBEROAMERICANA DE DERECHO MEDICO, se constituye una asociación de carácter voluntario, para agrupar a cuantos profesionales manifiesten un interés concreto en cuestiones relativas al derecho médico y de la salud.”* (Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico)

Los objetivos de dicha sociedad son: *“Art.4.- La Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico tiene la finalidad de favorecer, mediante las actividades que realiza, la promoción y difusión de los estudios relativos al derecho médico y de la salud, para lo cual podrá desempeñar entre otras las siguientes actividades*

- a) *Promover los conocimientos teórico-prácticos de los profesionales relacionados con el derecho médico y de la salud, impulsando una relación médico-paciente adecuada a las circunstancias concurrentes.*
- b) *Estimular el interés del conocimiento del derecho médico y de la salud.*
- c) *Promover y difundir la formación y perfeccionamiento de especialistas en esta rama jurídica.*
- d) *Promover contactos e intercambios científicos interdisciplinarios entre las diversas personas e instituciones interesadas en el derecho médico y de la salud.*
- e) *Organizar, por sí sólo o en colaboración con otras organizaciones o entidades, Congresos, Simposios y Reuniones u otras actividades científicas de derecho médico y de la salud.*
- f) *Editar publicaciones relacionadas con el derecho médico y de la salud, así como mantener y promover la formación de estudios y bibliotecas especializadas sobre esta materia.*
- g) *Cualquier otra función relacionada con el campo específico del derecho médico y de la salud.”(Ibíd.)*

1. Méjico

En Méjico se encontró una norma de 1998 que se denomina NORMA OFICIAL MEXICANA NOM 170-SSA1-1998, PARA LA PRACTICA DE ANESTESIOLOGIA.

Esta norma define la práctica de la anestesiología como *“La Anestesiología es una rama de la medicina especializada en la atención médica de los pacientes que son sometidos a procedimientos médico-quirúrgicos, obstétricos o de otra índole, en estado de inconsciencia, insensibilidad al dolor, al estrés emocional o a una combinación de los anteriores, producidos por la administración por distintas vías de sustancias farmacológicas, por lo que también se dedica al cuidado y protección de las funciones de sistemas vitales como el nervioso central, al nervioso autónomo, el cardiovascular, el respiratorio, el hepato-renal y el hematopoyético, con el propósito de mantener la homeostasis del organismo humano. Sus campos de aplicación se extienden al cuidado de pacientes que son sometidos a procedimientos diagnósticos o*

terapéuticos, al tratamiento del dolor agudo y crónico y al manejo de enfermos graves a solicitud del médico a cargo de la unidad de cuidados intensivos.”

Aquí se exponen las generalidades de la anestesiología, los requisitos para ser anestesiólogo que al igual que en Colombia se debe contar con un título especialista en el tema, se regula la práctica del anestesiólogo al interior de los hospitales en donde se hace énfasis en contar con un equipo y maquinaria suficiente y óptima para la práctica de la anestesia.

Así mismo se establecen las responsabilidades del anestesiólogo **“8. Responsabilidades de los prestadores de servicios de anestesiología:**

8.1 Determinar el estado físico del paciente y de ser necesario, convocará a otros especialistas para desarrollar un plan de cuidados anestésicos. Asimismo, comunicará al paciente, representante legal o familiar más cercano en vínculo, el plan anestésico propuesto y los riesgos inherentes al procedimiento, obteniéndose la carta de consentimiento bajo información e indicará la prescripción apropiada de la medicación preanestésica necesaria.

8.2 Identificar al paciente en la sala de operaciones, confirmar el diagnóstico, el consentimiento informado, la cirugía propuesta y evaluar al paciente antes de la inducción anestésica.

8.3 Examinar el buen funcionamiento del equipo antes de la inducción anestésica. El desarrollo de protocolos facilita la verificación.

8.4 Proporcionar al paciente trato respetuoso y digno de acuerdo a la ética médica.

8.5 Iniciar el procedimiento anestésico sólo con la presencia del cirujano.

8.6 Conducir personalmente la anestesia y permanecer en la sala quirúrgica durante todo el procedimiento.

8.7 Adoptar las medidas para evitar la transmisión de padecimientos infecciosos al paciente o de éste al médico, utilizando materiales desinfectados o estériles (hoja de laringoscopio, tubos endotraqueales, circuitos, cánulas de Guedel, etc.), independientemente de seguir las técnicas preventivas de infección aceptadas.

8.8 Registrar completamente el proceso de la anestesia en el expediente,

8.9 Verificar que este plan sea registrado y documentado en forma correcta en el expediente del enfermo.

8.10 Evaluar y verificar durante el periodo perianestésico:

8.10.1 El funcionamiento del equipo, fármacos y fuente de gas.

8.10.2 El estado del paciente.

8.11 El anestesiólogo se apoyará preferentemente con otros especialistas para solucionar contingencias médicas que se presenten durante el acto anestésico.

8.12 En caso de relevo, el médico deberá entregar al paciente con el expediente donde se anoten detalladamente sus condiciones clínicas.”

En esta norma también se exponen los lineamientos para establecer el tipo de pacientes frente al cual se enfrenta el anestesiólogo y así poder determinar el riesgo operatorio y el manejo que se le debe dar al paciente.

Un aspecto interesante que se trata es el relacionado con el debido funcionamiento de equipos médicos, se establece que el anestesiólogo deberá comprobar con anterioridad al procedimiento que estos se encuentren en perfectas condiciones para poder llevar a cabo el procedimiento debido. *“10.3 El médico anestesiólogo deberá comprobar con anterioridad al procedimiento, el funcionamiento adecuado del equipo que se utilizará, de acuerdo con algún método sistemático (fuente de gases, máquina de anestesia, vaporizadores, circuitos anestésicos, monitores, laringoscopios, bomba de infusión, etc.).”*

Así mismo esta norma habla de la importancia de la relación médico paciente en el campo de la anestesiología. *“Entre las obligaciones, y así lo establece la Norma Oficial Mexicana para la práctica de la anestesiología, está el deber de informar, lo que se logra con una buena relación anestesiólogo-paciente.”*(Alfaro Victoria S106)

2. Argentina

En Argentina existe una Asociación de Anestesia que se encarga de regular todo lo referente al cuidado del paciente, el tratamiento del dolor y la reanimación. *“La Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires nuclea a más de 1600 médicos anestesiólogos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Gran Buenos Aires. Desde su fundación en 1945 (bajo el nombre de “Sociedad Argentina de Anestesiología”) ha procurado reunir y formar médicos especialistas de excelencia, profesionales idóneos en las tres áreas que caracterizan el trabajo del anestesiólogo.*

- *El cuidado del paciente antes, durante y después de un procedimiento quirúrgico;*

- *El tratamiento del dolor agudo y crónico;*
- *La reanimación.*”(Federación Argentina de Asociaciones de Anestesia, Analgesia y Reanimación.)

Así mismo existe un Código de Ética de la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesiología *“1.1 El Código de Ética de la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesiología, constituye un conjunto de regulaciones de carácter moral, que norman la práctica honesta y conducta honorable de todos y cada uno de los médicos anesthesiólogos afiliados a cualquiera de las Asociaciones Miembros de FAAA.”* (Código de Ética de la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesiología)¹⁷⁸

3. Uruguay

En Uruguay se encontró LASRA Uruguay (Latin American Society of Regional Anesthesia Uruguay) la cual se encarga de regular todos los asuntos de anestesia a nivel regional en Uruguay. *“Su principal propósito es la actualización de temas vinculados a la anestesia regional mediante la realización de cursos prácticos, jornadas y talleres. Así como fomentar la enseñanza e investigación en anestesia regional. LASRA Uruguay comienza su actividad en el años 1995 y forma parte de las distintas sociedades de anestesia regional de Latinoamérica. Desde ese año se han realizado cursos y jornadas de anestesia regional en distintos lugares de nuestro país, con la meta de cumplir con los objetivos planteados por la sociedad.”* (Latin American Society of Regional Anesthesia Uruguay, LASRA Uruguay).

¹⁷⁸ (Federación Argentina de Asociaciones de Anestesia, Analgesia y Reanimación.)

4. Chile

En Chile existe la Sociedad de Anestesiología de Chile “**ARTÍCULO 1º** *Fúndase la Sociedad de Anestesiología de Chile, que tendrá una duración indefinida y cuyo domicilio será la ciudad de Santiago.*

ARTÍCULO 2º *El objeto de la Sociedad es perfeccionar y ampliar los conocimientos de la especialidad estudiar y divulgar problemas científicos y, en general, propender al progreso de la Anestesia.*

ARTÍCULO 3º *Los socios tendrán las siguientes categorías: fundadores, honorarios, activos, cooperadores y correspondientes, todos los cuales gozarán de iguales derechos, salvo lo dispuesto en el artículo noveno. Se otorgará además, la calidad de maestro de la Anestesiología que recaerá en antiguos miembros de la Sociedad, cuya labor profesional o docente haya tenido influencia manifiesta en el progreso de la Anestesiología nacional.”* (Estatutos Sociedad de Anestesiología de Chile)

5. Estados Unidos

“En los Estados Unidos de América una estadística efectuada en 1989 ha demostrado que el 4% del total de juicios por mala praxis está relacionado con la especialidad de anestesiología.”

(Diez 73)

Aquí el tema está reglamentado desde los hospitales en el sentido que ellos tienen la obligación de mantener un estricto control sobre las anestесias. *“The list of direct duties now also includes the following: A hospital should: (iii) be held liable for maintaining a negligent system of providing dangerous drugs such as anesthetics (...)”* (Cronjé-Retief 82)

Se les da una protección especial a los pacientes anestesiados que no tienen la capacidad de manifestar ni testimoniar la causa de los daños que sufrieron en una determinada intervención por lo que opera una presunción de negligencia. *“The burden of proof seems impossible when*

confronted by professional people displaying unknown skills, expertise and techniques and patients who are anaesthetized and cannot testify except to the fact of their own eventual injuries. The plaintiff-patient then relies on res ipsa loquitur. Depending on the merit of the circumstances, evidence and explanations, the defendant then begets the onus of disproving such a presumption of negligence.” (Ibíd.91)

6. Inglaterra

En Manchester se encontró un fallo en el cual se juzga a un anestesista por negligencia en virtud a su inexperiencia situación que se desencadenó en la muerte de su paciente. *“An inexperienced doctor and anesthetist administered a full dose of pentothal to Mr. Jones, after he had already been anaesthetized, thereby causing his death. The Manchester corporation was sued, and the doctor and the hospital board were added as defendants. The court found that the doctor had herself been negligent, not by reason of her inexperience, but because she had not done what she had been trained to do.” (Ibíd.162)*

7. Canadá

En un fallo se vió que no se juzga al anesesiólogo sino al hospital en virtud a que el contrato que existía era entre el hospital y el anesesiólogo y por lo tanto entre el paciente y el hospital. *“In Marte v. Hotel-Dieu St-Vallier the court found that the anesthetist performed his duties under his contract of employment with the hospital. His remuneration also included a portion of the service charges of the hospital. The hospital provided anesthesia services and he was not*

selected by the patient. The anesthetist was found to be an employee of the hospital and the hospital was consequently held vicariously liable.” (Ibíd.238)

La corte encontró que a pesar que los anesthesiólogos no fueran dependientes del hospital ni subordinados si eran los agentes de éste para brindar tratamiento razón por la cual el hospital debía responder. “The judge also reiterated that Denning LJ thought hospital and doctors, but also for the anesthetists and surgeons whether permanent or temporary, resident or visiting, whole-time or part-time. This was stated on “the ground that even if they are not servants of the hospital, they are its agents to give treatment.” (Ibíd.240)

8. España

Uno de los deberes que se encontró en un fallo español fue el de mantener estables los signos vitales del paciente así como el deber de reanimación. “(...)se dijo en un fallo español que “entre los deberes profesionales de los médicos y anestesistas se incluye el de mantener las constantes vitales del paciente en condiciones óptimas antes, durante y después de la intervención, así como la de su reanimación cuando se produzca una situación crítica en la que aquellas funciones se vean gravemente desequilibradas, y el empleo de la monitorización de la actividad cardiaca del paciente hubiera permitido apreciar el fallo cardiaco en el momento en que surgió y aplicar las técnicas adecuadas de reanimación con la prontitud necesaria para poder evitar la anoxia cerebral padecida por el paciente y las consecuencias de la misma, pues

si bien el médico no está obligado a obtener la curación del enfermo, sí lo está a usar todos aquellos medios que, según el estado de la ciencia, puedan conseguirlos y ello con la diligencia debida” (Tribunal Supremo, Sala Ira, 2/3/92, ponente: Sr. González Poveda, La Ley (Esp), t. 1993-2 p.620.” (López 493)

En Barcelona un fallo del 2001 condena a un anestesiólogo por imprudencia al suministrar oxígeno a una paciente recién intervenida causándole la muerte. Aquí la condena también incluía el hecho que el médico no tenía título especialista. *“La Audiencia Provincial de Barcelona ha condenado a una médico por imprudencia profesional grave al cometer un error en el suministro de oxígeno a una paciente recién intervenida, provocándole una braquicardia que acabó en muerte. El fallo ha impuesto 18 meses de prisión y eleva la inhabilitación profesional a 3 años y medio porque el médico -que trabajaba en el sector privado- carecía del título de especialista. Trabajo en equipo*

La Sala Civil del Tribunal Supremo condenó a un anestesista por intervenir sin los medios de monitorización estándar que habrían permitido detectar un paro cardíaco de un paciente. Lo relevante del fallo fue que también fue condenado el cirujano por no adoptar métodos alternativos de monitorización, ya que la propia Sala Civil declaró en sentencia de 23 de marzo de 1993 que la monitorización es competencia del anestesista y, en consecuencia, en estos casos el cirujano debe ser absuelto si no incurrió en negligencia propia de su área de responsabilidad. Ambas resoluciones estudiaron un caso en el que "la operación se realizó sin monitor (control de la actividad eléctrica del corazón)", por lo que ni el médico ni el anestesista "detectaron la parada cardiaca en el momento de producirse", sino más tarde, lo que derivó en

*descerebramiento irreversible (ver DM del 20-X-1998).”(López Agundez
<www.diarimedico.com/normativa/norm020401combis.html>)*

I. Entrevistas

Estas entrevistas no buscan establecer datos estadísticos, sino que tratan de mostrar opiniones de profesionales anestesiólogos respecto a su labor y actividad diaria, que permitan desarrollar y analizar nuestro tema de estudio; de esta manera se abriría el campo de acción y permitirá un examen profundo respecto a la actividad del anestesiólogo.

Las entrevistas fueron hechas a médicos anestesiólogos pertenecientes a la Sociedad de Anestesiólogos de la Clínica Country, quienes nos dieron sus puntos de vista y opiniones personales, por lo que no compromete de ninguna manera a la Clínica Country, ni a la Sociedad propiamente dicha; son por lo tanto sólo entrevistas que enriquecen nuestro estudio académico.

Se elaboraron unas preguntas que buscan indagar ciertas situaciones de riesgos y complicaciones en el acto anestésico y frente al mismo profesional aquí mencionado; además de establecer puntos de vista respecto a demandas y reclamaciones a las que puedan verse expuestos y en general preguntas que tiene relación con su actividad, tales como su posición en el equipo médico quirúrgico, situaciones de anestésias simultáneas y circunstancias de urgencia médica.

CUESTIONARIO

1. ¿Cómo se desarrolla una situación de anestesia en urgencia? ¿Implica más riesgos?
2. ¿Cómo percibe el valor probatorio e importancia del registro anestésico?
3. ¿Cuál es su posición respecto a las anestésias simultáneas?
4. ¿Considera a su profesión como una actividad riesgosa?
5. ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan con mayor frecuencia?

6. ¿Cuáles de los eventos adversos en anestesiología se presentan por las condiciones clínicas y antecedentes médicos de los pacientes?
7. ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan por fallas en los equipos de anestesia? (además el porcentaje de su ocurrencia).
8. ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan por fallas del anestesiólogo o del personal auxiliar? (además el porcentaje de su ocurrencia).
9. ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan de manera imprevisible e irresistible?
10. ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que son informados previamente al acto anestésico al paciente?
11. ¿Cuál cree que es la finalidad del consentimiento informado en anestesiología?
12. ¿Cuál es su percepción respecto de las demandas judiciales o las reclamaciones formuladas por los pacientes y o familiares frente al advenimiento de un evento adverso en anestesiología?
13. ¿Cuál cree que es el alcance de su responsabilidad dentro de un equipo quirúrgico frente al advenimiento de un daño que le suceda a un paciente?
14. ¿Cuál considera que es su labor frente al personal auxiliar que es parte del equipo quirúrgico?
15. ¿En qué casos considera que pese al advenimiento de daños o secuelas a un paciente como consecuencia del acto anestésico, no se compromete la responsabilidad del anestesiólogo?
16. ¿Cuándo considera que el anestesiólogo compromete su responsabilidad frente al advenimiento de un daño ocurrido a un paciente como consecuencia del acto anestésico?

17. ¿Considera que algún procedimiento anestésico es ciento por ciento seguro para un paciente?
18. ¿Qué tipo de anestesia considera que le genera más riesgo a un paciente?
19. ¿Cree que la Ley 6 de 1991 regula íntegramente su profesión?
20. ¿Considera que a la hora de juzgar en un proceso de responsabilidad civil médica a un anesthesiólogo hay que tomar en cuenta otros parámetros aparte de las reglas generales de la responsabilidad civil?

ENTREVISTADOS

Entrevista No. 1 Dr. Daniel Guerrero (Médico Anestesiólogo, Pontificia Universidad Javeriana, Hospital San Ignacio) Anexo Audio No. 1

- a) ¿Qué tipo de anestesia considera que le genera más riesgo a un paciente?

Eso depende de la tipología del paciente, por ejemplo, si el paciente tiene una enfermedad coronaria la anestesia general será mejor, y etc.

- a) ¿Cuándo considera que el anesthesiólogo compromete su responsabilidad frente al advenimiento de un daño ocurrido a un paciente como consecuencia del acto anestésico?

Cuando es prevenible desde el punto de vista anestésico y no se toman las medidas adecuadas para prevenirlo.

- b) ¿Considera que algún procedimiento anestésico es ciento por ciento seguro para un paciente?

No, igual que todo en la vida, todo tiene riesgos.

c) ¿Cuál cree que es la finalidad del consentimiento informado en anestesiología?

Explicarle al paciente los riesgos que conlleva la anestesia y el procedimiento, y que los acepte, que el firme que ya los entiende y que se le explicó.

Entrevista No. 2 Dr. Cesar Soriano (Médico Anestesiólogo, Universidad del Rosario, Hospital San José) Anexo Audio No. 2

a) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan con mayor frecuencia?

Eventos adversos por acto anestésico náuseas, vómito, escalofrío, esos son los más frecuentes.

b) ¿Cuáles de los eventos adversos en anestesiología se presentan por las condiciones clínicas y antecedentes médicos de los pacientes?

Eventos adversos por situación paciente

1. Cardiovasculares (infarto, arritmia, falla cardíaca, isquemia¹⁷⁹ cardíaca, hay que mirar también si los pacientes son hipertensos)
2. Respiratorios, según las condiciones del paciente (intubación, bronco espasmos, bronco aspiraciones)
3. Lesiones de piel.
4. Dientes (después de intubación)

El 3 y 4 pueden derivarse del proceso de intubación, forman entonces parte del riesgo.

¹⁷⁹ La Real Academia de la Lengua Española lo define como “*Disminución transitoria o permanente del riesgo sanguíneo de una parte del cuerpo, producida por una alteración normal o patológica de la arteria o arterias aferentes a ella.*”

- c) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan por fallas en los equipos de anestesia? (además el porcentaje de su ocurrencia).

Eventos adversos por falla del equipo anestésico (maquina anestésica) (3%)

1. Máquina antigua (falta de monitoreo, mezclas hipoxias, escapes que no se puedan ventilar que si uno no lo controla puede llevar hasta la muerte del paciente)
2. Máquinas nuevas (los anteriores riesgos son menores, ahora hay es por falta de conocimiento por su complejidad)
3. Falla por mantenimiento (5%)

- d) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan por fallas del anesthesiólogo o del personal auxiliar? (además el porcentaje de su ocurrencia).

Eventos adversos por falla del anesthesiólogo o auxiliar (1%)

1. Falta de conocimiento al manejar la maquina anestésica.
2. Falta de conocimiento en el procedimiento (no es tan frecuente)
3. Falta de comunicación con paramédicos o auxiliares (más frecuente)
4. Drogas anestésicas seguras el problema es que se den equivocaciones al administrarlas por ejemplo el paciente está anestesiado pero no puede respirar. También puede haber un error al etiquetar un medicamento. (uno de los riesgos importantes)
5. Se dan más fallas en el postoperatorio que en intra operatorio, por ejemplo se pueden dar bronco aspiraciones, la recuperación sigue siendo un ámbito de uno como anesthesiólogo.

Entrevista No. 3 Dr. Juan Carlos Novoa (Médico Anesthesiólogo, Universidad del Bosque)
Anexo Audio No. 3

- a) ¿Cuál cree que es la finalidad del consentimiento informado en anestesiología?

Consentimiento informado (autorización paciente, familiar o acudiente para realizar procedimiento después de explicarse posibles complicaciones y acepta y entiende los riesgos)

b) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que son informados previamente al acto anestésico al paciente?

Eventos adversos informados

1. Respiratorios
2. Cardiovasculares
3. Trombosis
4. Frente a medicamentos

c) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan de manera imprevisible e irresistible?

Eventos adversos imprevisibles (exposición a medicamentos y no se conoce antecedente de alergia, riesgo que se asume y se explica en consentimiento informado). Nunca se usan pruebas de alergia anteriores a la cirugía pues son demasiados los medicamentos entonces es un riesgo que siempre está. Puede pasar por ejemplo que un paciente nunca haya tenido eventos de trombosis pero que justo los presente, es algo que simplemente no se podía prever.

Eventos adversos irresistibles (riesgos que siempre hay pero es manejable y controlable) como por ejemplo depresión respiratoria pero se manejan con ventilación o por ejemplo disminución de frecuencia cardíaca, pues se maneja en el quirófano.

d) ¿Considera a su profesión como una actividad riesgosa?

Riesgo en la profesión (toxicidades por exposición a inhalaciones pero los estudios no son concretos, se deben tomar medidas, pueden generarse abortos entonces pues mejor que en las mujeres embarazadas en el primer trimestre no se expongan a anestésicos, por lo anterior se intensiva la anestesia intravenosa que no son contaminantes del medio ambiente, anestesia ecológica.

- e) ¿Cuál cree que es el alcance de su responsabilidad dentro de un equipo quirúrgico frente al advenimiento de un daño que le suceda a un paciente?

Responsabilidad anesthesiologo en equipo quirúrgico es muy grande pues el paciente deposita su confianza en anesthesiologo que lo protege ya que tiene un control más integral del paciente, muchas complicaciones que son manejadas por anesthesiologo por más que sean del trauma quirúrgico y no estrictamente del acto anestésico, por lo que debe existir coordinación permanente entre todo el equipo médico, no hay jerarquía, hay autonomía y anesthesiologo coordina y sobretodo en complicaciones.

Entrevista No. 4 Dr. Alberto Vanegas (Médico Anestesiólogo, Universidad Nacional) Anexo Audio No. 4

- a) ¿Considera que algún procedimiento anestésico es ciento por ciento seguro para un paciente?

Procedimiento anestésico siempre entraña riesgo no hay 100% seguro.

- b) ¿Cuál es su percepción respecto de las demandas judiciales o las reclamaciones formuladas por los pacientes y o familiares frente al advenimiento de un evento adverso en anestesiología?

Demandas judiciales y reclamaciones influidas por abogados o familiares y se busca siempre compensación económica en ocasiones sin ningún fundamento.

- c) ¿Cuál considera que es su labor frente al personal auxiliar que es parte del equipo quirúrgico?

Labor anesthesiologo frente a auxiliar quirúrgico (apoyo, coordinación, enseñanza, dirección)

- d) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan de manera imprevisible e irresistible?

Baja presión arterial del paciente, dependen también si es en etapa intraoperatoria puede haber bradicardia, depresión respiratoria; eventos será posible manejarlos mediante medicamentos,

procedimientos o la utilización de maquinas como por ejemplo para dar atención ventilatoria. Hay pacientes que son más susceptibles a ciertos anestésicos que otros no.

e) ¿Considera a su profesión como un actividad riesgosa?

Riesgo en la profesión (maneja toda la parte fisiológica del paciente, hay que tener conocimiento sobre sistema respiratorio, circulatorio, renal, etc, hay considerar al paciente íntegramente.)

Entrevista No. 5 Dra. Loida Filoth (Médica Anestesióloga, Universidad del Rosario, Hospital San José) Anexo Audio No. 5

a) ¿Cuál cree que es el alcance de su responsabilidad dentro de un equipo quirúrgico frente al advenimiento de un daño que le suceda a un paciente?

Velar por mantener el paciente durante el acto anestésico y quirúrgico en condiciones estables sin embargo hay eventos adversos quirúrgicos que comprometan responsabilidad (unos se salen de la mano pero siempre hay que estar ahí para colaborar al cirujano).

b) ¿En qué casos considera que pese al advenimiento de daños o secuelas a un paciente como consecuencia del acto anestésico, no se compromete la responsabilidad del anesthesiologo?

Casos que no comprometen responsabilidad (anafilaxia: respuesta exagerada a la anestesia porque por más que se realice valoración, se presenta una reacción imprevista que puede llevar hasta la muerte.)

c) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que son informados previamente al acto anestésico al paciente?

Eventos adversos informados al paciente (anestesia que pueden producir alergias).

d) ¿Cuál es su percepción respecto de las demandas judiciales o las reclamaciones formuladas por los pacientes y o familiares frente al advenimiento de un evento adverso en anestesiología?

Demandas judiciales y reclamaciones (acto anestésico puede conllevar complicaciones y tratan de buscar compensación económica)

Entrevista No. 6 Dr. Alfonso Pineda (Médico Anestesiólogo, Pontificia Universidad Javeriana, Hospital San Martín) Anexo Audio No. 6

- a) ¿Qué tipo de anestesia considera que le genera más riesgo a un paciente?

Riesgo por anestesia (no es el tipo de anestesia el que genera más riesgo, sino que el tipo de paciente, Clasificación ASA a mayor ASA mayor riesgo anestésico, a partir de la patología se administra la anestesia)

- b) ¿Cómo se desarrolla una situación de anestesia en urgencia? Implica más riesgos?

Paciente por urgencias (se hace una idea en qué situación está el paciente y de ahí se busca su clasificación y la anestesia administrar, por más que no se de la etapa preanestésica es posible tener una idea general de la situación)

- c) ¿Considera que algún procedimiento anestésico es ciento por ciento seguro para un paciente?

Procedimiento anestésico siempre conlleva riesgo al igual que los pacientes que son invadidos así se habla de un paciente por ejemplo ASA 1 pues igual se usan fármacos tóxicos que hacen que exista ese riesgo.

- d) ¿Cuándo considera que el anestesiólogo compromete su responsabilidad frente al advenimiento de un daño ocurrido a un paciente como consecuencia del acto anestésico?

Responsabilidad anestesiólogo por complicación en acto anestésico (monitoreo siempre, mirando signos vitales, y funcionamiento de órganos.)

- e) ¿Cuál es su posición respecto a las anestésicas simultáneas?

Anestésicas simultáneas (principio general y fundamental es anestesiólogo por paciente, evitar esta situación consecutiva, cuando hay urgencias toca atender urgencia y se asumen riesgos no solo anestesiólogo, sino que también paciente)

Entrevista No. 7 Dr. Javier Sarmiento (Médico Anestesiólogo, Pontificia Universidad Javeriana, Hospital San Martín) Anexo Audio No. 7

- a) ¿Cuál es su percepción respecto de las demandas judiciales o las reclamaciones formuladas por los pacientes y/o familiares frente al advenimiento de un evento adverso en anestesiología?

Demandas judiciales y reclamaciones (por falta de información o mala información, por lenguaje utilizado que no es de fácil comprensión, además por no establecer relación con pacientes y familiares de más empatía, hay ocasiones en que se busca demandar por demandar)

- b) ¿Cómo percibe el valor probatorio e importancia del registro anestésico?

Documentos probatorios (registro anestésico bien elaborado y valoración anestésica detallada y minuciosa puede librar al anestesiólogo de responsabilidad, se elabora durante todo el acto anestésico, es obligatorio y si no se hace conlleva llamada de atención y posibles sanciones)

- c) ¿Cómo se desarrolla una situación de anestesia en urgencia? Implica más riesgos?

Anestesia por urgencia (procedimiento quirúrgico el que puede ser de urgencia, no la anestesia, lo complicado es no conocer previamente al paciente por lo que es más peligrosa cuando se aplica en condiciones normales.)

- d) ¿Cuál es su posición respecto a las anestias simultáneas?

Anestias simultaneas (norma dice un paciente un anestesiólogo y el anestesiólogo permanentemente con el paciente, nunca debe ocurrir.)

Entrevista No. 8 Dr. Bernardo Robledo (Médico Anestesiólogo, Pontificia Universidad Javeriana, Hospital San Ignacio), Ex Presidente de la Sociedad Cundinamarquesa de

Anestesiología y miembro del Comité de Seguridad de la Sociedad Colombiana de Anestesiólogos y de la Sociedad de Anestesia Endovenosa de Colombia. Anexo Audio No. 8

a) ¿Considera que su profesión es riesgosa?

Es completamente riesgosa, pero existen ventajas en cuanto a la legislación, son un mínimo de recursos legales que permiten ejercer la profesión con mayor seguridad; hace 14 años éramos la segunda especialidad demandada ahora estamos en el octavo lugar. Los fondos de demandas son herramientas utilizadas para concientizar, al igual que en los Congresos en dónde se hacen campañas y sketches de seguridad y dónde se estudia el sistema penal acusatorio.

b) ¿Cree que la Ley 6 de 1991 regula íntegramente su profesión?

La Ley 6 de 1991 permite que sólo anesthesiólogos de escuela, avalados por universidades y el Ministerio; antes los médicos generales eran los que ponían la anestesia por lo que les dan un plazo para homologar su título, al igual que los que requerían avalar sus títulos de anesthesiólogos a nivel nacional y extranjero. La Ley 6 creó un Comité que con el apoyo de la Superintendencia de Salud y el Ministerio crean legislación y la normatividad mínima.

Esta Ley está demandada nuevamente por un componente político, hay demasiada demanda de anesthesiólogos más que de oferta, por lo que buscan solucionar el problema de la misma manera que se maneja en EEUU, lo cual hace referencia a que sean técnicos los que administran la anestesia y no profesionales como en nuestro país. Esto crearía un campo peligroso en nuestra especialidad.

Esta es la cuarta demanda sobre la Ley 6 y siempre frente al artículo 4¹⁸⁰; en el mercado global hay déficit de anesthesiólogos, por lo que existe presión del Gobierno y hoy estamos demandados por ellos, Sociedad de Clínicas y Hospitales y por ASCOFAME.

La Ley 6 de 1991 es una ley que reglamenta y permite ciertas pautas y herramientas para realizar ciertas actividades en nuestra profesión. Cuando era Presidente de la Sociedad Cundinamarquesa se trabajaba en conjunto con el Ministerio y la Superintendencia de Salud, se miraban quejas contra anesthesiólogos que no cumplían las características y se miraban las Normas Mínimas de Seguridad que dan pautas mínimas y se estudian temas como por ejemplo la búsqueda para erradicar la anestesia simultánea.

¹⁸⁰ *ARTICULO 4o. Únicamente podrá ejercer como profesional de la anestesiología en el territorio nacional, aquel médico que haya realizado su entrenamiento en postgrado en anestesiología en las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno colombiano.*

Hay una campaña de la OMS (Junio 2008) llamada Paciente Seguro, la Sociedad está involucrada en un chequeo y verificación del paciente, el lugar dónde se opera, el lavado de manos, todo para que haya un desenlace adecuado frente al paciente; nosotros los anestesiólogos podemos influir en esta campaña y así educar.

La Ley 6 de 1991 depende de cada gobierno; con el actual a pesar de todos los derechos de petición no se ha conformado el comité de ejercicio de la anestesia (conformado por Gobierno, Superintendencia de Salud, Sociedad de Anestesiólogos) y tampoco el Gobierno lo ha convocado, no sólo a nivel nacional sino que también a nivel departamental (quejas soluciones y velar por el ejercicio de la profesión), el problema es que toda legislación tiene que pasar por este Comité.

Existen las herramientas pero no hay deseo de los anestesiólogos ni del Estado de aprovechar y reglamentar, todo se hace es por necesidad. La Ley 6 permite el Comité de Seguridad que si se organiza podrían derivarse muchas cosas positivas para la profesión, la Ley abre el campo, no lo establece, pero permite que a través del Comité se realicen cosas.

c) ¿Cuál es su posición respecto a las anestias simultáneas?

No debe ocurrir nunca pero es una práctica muy común en diferentes regiones, no sólo opera en dos diferentes salas de cirugía sino que en dos diferentes clínicas; existe una campaña contra el abandono del paciente y esta anestesia simultánea es considerada un abandono al paciente. El Comité de seguridad pelea contra esto, además antes había docentes que estaban en más de una sala a la vez porque tenían residentes, pero esto se acabó y hoy solo el docente lleva la responsabilidad.

Las Universidades les gusta mucho tener residentes porque es mano de obra barata y además pagan, hay más residentes y pocos docentes a los que toca pagarles sueldo, con la Ley 6 de 1991, se evita esto porque surge la necesidad de más profesionales.

En el Congreso pasado se miraba si se denunciaban estas prácticas, entonces si no se dice que ocurre la simultaneidad hay complicidad y esta práctica ocurre por razones económicas, es más barato, si hago tres anestias y cobro por ellas y gana más y sólo se paga a uno. El Comité tiene un castigo para esto y es que si se hace se le paga sólo una de las anestias, la más barata, esto se le ha dicho a las aseguradoras, pagadoras.

Ocurre mucho que se altera la hora (decir que realicé tres anestias en tiempos diferentes y no al tiempo), y hay una campaña para decir que esto es falsedad en documento público, lo cual es un delito. Entonces hay campañas para acabar con esto, el Comité busca que se denuncie la simultaneidad y FEPASDE no cubre anestias simultáneas ni da amparo legal ni económico, sólo asesoría; hay una campaña de la Sociedad de Anestesiólogos para ir contra esto pero se hace en todo el país.

- d) ¿Cuáles son los eventos adversos que se presentan por fallas en los equipos de anestesia (además el porcentaje de su ocurrencia)?
- e) ¿Cuáles son los eventos adversos en anestesiología que se presentan por fallas del anestesiólogo o del personal auxiliar (además el porcentaje de su ocurrencia)?

No existen estadísticas como tal, la cultura del evento adverso es un reporte voluntario y el problema es que se tiene miedo al registro punitivo, a las demandas, y a perder el puesto. Existe entonces un subregistro del evento adverso el cual se conoce como Evento para el Aprendizaje, cualquiera puede reportar lo que vio, por lo que no hay autocrítica.

FEPASDE tiene el número de demandas y estadísticas y los procesos en los cuales están involucrados los anestesiólogos, pero falta coordinación con el Comité y la Sociedad de Anestesiólogos; se busca coger la casuística para manejarla como tal.

- f) ¿Cuándo considera que el anestesiólogo compromete su responsabilidad frente al advenimiento de un daño ocurrido a un paciente del acto anestésico?

Los eventos centinela en anestesia son ocasionales, pero periódicamente son muy importantes, la verdad es que no se ven muchas secuelas severas; donde más se falla y donde más se baja la guardia es frente a pacientes jóvenes sanos ASA I diferente a los pacientes complicados en donde la familia y el anestesiólogo son un poco más cuidadosos y tienen un poco más las alarmas prendidas frente a éste.

En la sala de recuperación hay mas eventos dañosos porque el anestesiólogo no está ahí presente y la idoneidad del personal no es igual en todas las instituciones. La responsabilidad civil se ve en cuanto al no acompañamiento al paciente. Hay eventos esperados, no esperados, entre otros, pero si hay monitorias constantes con las alarmas puestas el riesgo cambia. Hoy en día la ley castiga apagar las alarmas en las máquinas de monitoria, antes se podía y hoy es una conducta dolosa que pone en riesgo al paciente.

Si hay monitoria todo es mejor, incluso en eventos adversos porque muchas veces no se puede solucionar, lo que hay que hacer es siempre estar ahí porque si no es una conducta criminal por abandono al paciente y ahí la justicia debe intervenir.

- g) ¿En qué casos considera que pese al advenimiento de daños o secuelas a un paciente como consecuencia del acto anestésico, no se compromete la responsabilidad del anestesiólogo?

La legislación colombiana ha cambiado, ahora con la responsabilidad compartida se entiende que lo más importante es el paciente, entonces hoy en casos que sean de trauma quirúrgico son también casos del anesthesiologo porque todo tiene que ir a pensar que el centro es el paciente y conocer el paciente; por ejemplo, si toca amputarle la pierna a un paciente y el cirujano al momento de la intervención va a empezar a emputarle la pierna equivocada y el anesthesiologo lo sabe tiene que decirle que esa no es la pierna a amputar.

Hay ciertas condiciones del paciente, reacciones que por más que se detecten y que se haga lo que se tiene que hacer pueden terminar en un desenlace no querido ni adecuado. Si el anesthesiologo es demandado hay que ver si tomó la conducta adecuada, por ejemplo si es A que realice A y no B pues con ello se salva de la responsabilidad.

En la responsabilidad compartida, el paciente y el cuidado es de todos y se revisa todo en cirugía, la responsabilidad es con el paciente que confía en los médicos. Hay una tendencia a derivar la culpa en el otro; por ejemplo que el cirujano salga de la sala y diga “lo mío como cirujano muy bien, no se lo otro”; esto pasa mucho.

Si el cirujano deja que el anesthesiologo salga de cirugía y se presenta una complicación es culpa del cirujano por dejar salir al anesthesiologo, hay que cuidar entre todos al paciente. La relación del cirujano con el paciente es más estrecha viene de tiempo atrás diferente con el anesthesiologo la cual es del momento, no es una relación tan fuerte por lo que estamos en desventaja por lo que se conoce menos a la familia del paciente. El anesthesiologo empieza la relación con el paciente o ya conocía algún familiar pero al momento de una complicación el día de la intervención no es el mismo familiar con el que se va a hablar.

h) ¿Cuál es su percepción respecto de las demandas judiciales o reclamaciones formuladas por los pacientes y/o familiares frente al advenimiento de un evento adverso en anestesiología?

La evolución histórica muestra que antes el médico era poseedor de la verdad. Hoy los pacientes tienen más acceso a la información de manera masiva (noticieros, internet, etc) por lo que llegan con conocimiento sobre lo que va a pasar y pueden tener incluso más información que el médico en ese momento. El paciente conoce todo sobre sus derechos y obligaciones (Ley 100 de 1993), el paciente está educado ley sabe que puede pedir y exigir, o demandar, también sabe que el médico se puede equivocar.

Hay seguros (FEPASDE, PROTECCIÓN MÉDICO LEGAL) que son fuente de demanda, pasa mucho que una aseguradora demande a un médico para vender sus productos a otros médicos, lo que llevó a la constitución de SCARE por parte de los anesthesiologos; hoy hay más abogados educados en derecho médico, son más preparados, y saben que es mejor en la contraparte. Esto ocurre por pasar por los mencionados aseguradores.

El surgimiento de las pólizas de seguros, la responsabilidad compartida, el daño en beneficio y las nuevas legislaciones hacen muy atractivo demandar a los médicos. La ventaja frente al anesthesiólogo es que no es muy lucrativo demandarlos por lo que se demanda primero a la IPS, EPS y en últimas al anesthesiólogo.

Hay demandas penales, administrativas y éticas y no sólo civiles, se han duplicado las demandas en un 8.5%, 20% de los anesthesiólogos es decir 1 de cada 5 han tenido que ver con demandas. Hay subregistros que nunca van a llegar a FEPASDE (60% de los anesthesiólogos inscritos), porque no comentan sus situaciones, transan o hacen muchos acuerdos extra juicio.

- i) ¿Considera que a la hora de juzgar en un proceso de responsabilidad civil médica a un anesthesiólogo hay que tomar en cuenta otros parámetros a parte de las reglas generales de la responsabilidad civil?

Las herramientas ya están en las Normas Mínimas de Seguridad (CLASA), éstas normas son el estado del arte del anesthesiólogo, hay vacíos legales como en los temas de anestesia simultánea, abandono al paciente, la pobre comunicación, la alteración al registro o registro inadecuado; todo esto está en las Normas Mínimas dónde se insinúa pero no se regula nada.

Las demandas administrativas y éticas son por subregistro, hay una falta de educación frente a las Normas Mínimas porque éstas se han vuelto fuente de ataque más para los anesthesiólogos porque la contraparte las conoce. Hay médicos que estudian derecho para demandar a otros médicos más que abogados que estudien medicina, esto es lucrativo.

Falta mucho en la legislación, las normas mínimas no son un peso real legal, faltan mecanismo más serios desde el punto de vista legal. La percepción de que los médicos y los anesthesiólogos se cubren con la misma cobija para corregir sus errores hay que erradicarla.

Entrevista No. 9 Dr. Héctor Orlando Arteaga (Médico Anesthesiólogo de la Universidad Nacional). Anexo Audio No. 9

- a) ¿Considera que algún procedimiento anestésico es ciento por ciento seguro para un paciente?

En teoría sí, la indumentación de la consulta pre anestésica, el derecho a la programación, permiten un tiempo de optimización entre que se decide y se hace posible la cirugía con las mejores condiciones, es un tiempo para mirar al paciente, observar, analizarlo y terminar con una anestesia optima; diferente a la anestesia de urgencia en donde tiene que ser intervenido

inmediatamente o su vida corre peligro, contrario al paciente programado en donde se disminuye el peligro porque se optimizan todas las condiciones.

Pero no hay estudios que digan que hay procedimientos 100% seguros, hay una escala de valoración anestésica (ASA), y ni siquiera un paciente ASA I tiene 100% de seguridad, la probabilidad de éxito es de 99,97%, y eso lo debe entender el paciente; somos médicos, somos seres humanos, no dioses, por eso siempre hay que decirle la verdad al paciente.

b) ¿Cómo se desarrolla una situación de anestesia en urgencia? ¿Implica más riesgos?

En este tema hay diferentes matices, si no se interviene de inmediato se corre peligro, no hay una optimización jurídica frente al acto anestésico ya que no se puede explicar, ni contar nada, los pacientes llegan inconscientes; desde un punto de vista de responsabilidad civil no hay un acuerdo, ni pacto previo en el tipo de manejo entre las dos partes involucradas en la relación.

Se encuentra diferencia entre la urgencia vital, descrita anteriormente, y la urgencia “programada”, en donde hay un tiempo para optimizar al paciente y llevarlo en mejores condiciones a la sala de cirugía (tiempo menor de 24 horas).

Hay una escala de riesgos en el que se puede clasificar al paciente de urgencias, pero siempre hay que hacer ver que es una situación de urgencia y todo hace que cambie la perspectiva, por ejemplo hay estómago lleno por lo que hay mayor riesgo de bronco aspiración. En la urgencia hay menos tiempo para la optimización clínica, el paciente se puede mejorar pero hay que hacer entender que es una circunstancia de urgencia.

c) ¿Cuál cree que es el alcance de su responsabilidad dentro de un equipo quirúrgico frente al advenimiento de un daño que le suceda a un paciente?

Comparto la providencia del Consejo de Estado de hace 6 años que dice que la responsabilidad es compartida, pero hay que dejar claro los campos de acción de cada uno, por ejemplo el campo del cirujano, el campo del anesestesiólogo, el de la instrumentadora. Si hay un evento complicado, no se puede pensar que la responsabilidad está salvada ni minimizada frente a alguno de los sujetos pertenecientes al equipo médico; todos tienen que trabajar por salvar al paciente.

d) ¿Cuál considera que es su labor frente al personal auxiliar que es parte del equipo quirúrgico?

Es una labor vital, el anesestesiólogo es la cabeza visible frente al bienestar o frente a las complicaciones en una sala de cirugías; es un profesional que tiene que tener liderazgo, en caso de no haberlo podría haber caos y anarquía en la sala de cirugía. El anesestesiólogo tiene que tener tranquilidad, sabiduría, es el eje dinámico que optimiza el buen flujo en la sala de cirugía.

El personal auxiliar es auxiliar, presta ayuda, pero quien maneja la situación es el médico, ya sea el cirujano, su ayudante o el anestesiólogo; el anestesiólogo es el líder por lo que el cirujano no debe mirar cómo está el paciente, su responsabilidad y tarea es operar, mientras que el anestesiólogo se encarga de todo lo demás y el cirujano confía en él.

Entrevista No. 10 Dr. Liborio Orejuela (Médico Anestesiólogo del Hospital San José - 1958). Anexo Audio No. 10

a) ¿Cómo ha visto la evolución de su profesión antes y después de la Ley 6 de 1991?

Antes en Colombia la anestesia la administraban los estudiantes y personas que no tenían títulos médicos, por lo que el riesgo era mayor, luego ciertos médicos se dedicaron a la anestesiología y se creó la Sociedad Colombiana de Anestesiología, entrenando a médicos que serían pioneros en anestesia. Finalmente es una carrera de mucha responsabilidad y solo se ofrece por profesionales certificados por el Estado, luego de la entrada de la Ley 6 de 1991.

Todo ha ido evolucionando, los fármacos, los equipos, las técnicas, entre otros, han mejorado la práctica anestésica; por lo que ahora es una especialidad trascendental y necesaria, gracias a la anestesia se han podido crear técnicas quirúrgicas que antes no se podían.

b) ¿Considera a su profesión como una actividad riesgosa?

Se genera riesgo para el paciente y para el anestesiólogo, gracias a los avances y a la dedicación de crear una especialidad, como la del anestesiólogo, se ha generado mayor seguridad en el ejercicio anestésico.

c) ¿Desde su punto de vista y su experiencia, como ha visto el cambio en el porcentaje de las demandas?

Hace 40 años habían menos demanda que ahora, en razón a que las personas no tenían tanta información, esta información versa sobre los riesgos y factores inherentes a la profesión anestésica, por lo que cualquier falla podría ser considerada objeto de demanda.

d) ¿Considera que algún procedimiento anestésico es 100% seguro para un paciente?

No, siempre hay riesgos, no solo en anestesiología sino que también en cualquier rama de la medicina; estos riesgos se clasifican en anestesia según el estado del paciente y la técnica que se usa.

e) ¿Considera que la tecnología ha favorecido la máquina anestésica?

Las actuales tienen avances y mayor monitoreo que favorece al paciente, a su cuidar, todo es más preciso y por ende podríamos decir que hay menos riesgos.

CONCLUSIONES Y ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS.

A partir de las entrevistas realizadas, se puede llegar a la conclusión que los anestesiólogos están involucrados en una actividad totalmente riesgosa no sólo para ellos, sino que también respecto a las complicaciones o situaciones adversas que se pueden presentar en el acto anestésico en relación con el paciente, es por ello indispensable y de gran importancia utilizar las herramientas que tienen a la mano, como el registro anestésico y el consentimiento informado.

Se establece que los riesgos dependen del paciente a tratar, es decir, se basan en la clasificación ASA para determinar a qué tipos de riesgos o complicaciones adversas tendrán que enfrentarse; es por ello necesario dejar clara la importancia de realizar un buen acercamiento con el paciente

al configurar el consentimiento informado, figura que de cierta manera permite la autorización del paciente, familiar o acudiente.

Ya en cuanto al registro anestésico, las complicaciones o riesgos que puedan derivarse estarán especificadas y detalladas en este documento de carácter probatorio, de obligatorio cumplimiento y que en las situaciones de urgencia podrá esclarecer luego la situación, intervenciones, medicamentos que le fueran administrados al paciente.

En cuanto a los riesgos derivados al médico anesthesiólogo se mencionó que podrían provenir de los gases anestésicos administrados a los pacientes, se determina que ciertas personas como por ejemplo las mujeres embarazadas, no pueden estar en una sala de cirugía donde se utilice esta técnica anestésica inhalatoria que podría llevar a efectos negativos en su embarazo. Es por ello que se busca incentivar la práctica de la anestesia intravenosa, ya que no genera ningún tipo de contaminación al medio ambiente, ni afecta al personal quirúrgico en razón a que no tiene gases de ningún tipo (anestesia ecológica).

También es importante entender la posición respecto a los anesthesiólogos en relación a las demandas judiciales y las reclamaciones extrajudiciales, ya que consideran que muchas veces se instauran sólo para obtener compensaciones económicas; aunque igual son consientes que pueden darse por falta de comunicación con el paciente y/o familiares, además de poder llegar a presentarse fallas dentro del acto anestésico, que de todas maneras serán tratadas, monitoreadas y solucionadas dentro de lo posible. De lo anterior consideran que igual son médicos que buscan y velan por la salud y mejoramiento del paciente, recordando que su profesión tiene un interés social y que siempre se enmarcaran dentro de una obligación de medios¹⁸¹.

¹⁸¹ “La medicina, al colocar entre el médico y el paciente todo ese fabuloso material tecnológico, creó un relacionamiento más frío e impersonal. Si es posible debe el médico volver a su antiguo lugar –al pie de la cama. Tal vez su calor y su sentimentalismo hagan que el paciente desestime demandar junto a un tribunal, pues un buen relacionamiento no permite determinados pleitos. En general, la demanda civil contra el médico representa mucho más un acto de venganza que propiamente un interés de lucro.” (Veloso)

Esta idea de generar lucro a partir de las demandas judiciales o reclamaciones contra los anestesiólogos, es debatible ya que el sistema de responsabilidad en el cual están inmersos estos profesionales está cobijado por la teoría subjetiva, por lo que actuar diligentemente, con prudencia, y con pericia o estar bajo una situación de exoneración de responsabilidad, les permite no ser objeto de ningún tipo de condena ni responsabilidad; además por que la carga de la prueba es de quien alega el daño (carga probada), por lo que quien debe demostrar los daños, secuelas, la culpa o el dolo es el que la sufre o sus familiares.

Otro tema objeto de análisis son las situaciones de urgencias y de anestias simultaneas, en relación con esta última es clara la posición frente a ella, en cuanto al principio general que establece que debe haber un anestesiólogo por paciente, en razón a ello no están de acuerdo con el desarrollo de estas situaciones; ya frente a las urgencias aseguran que son situaciones un poco mas riesgosas, pero que de igual manera es posible hacerse una idea del paciente en ese preciso momento.

Un inconveniente que se presenta en nuestro país hace referencia a las situaciones de simultaneidad, ya que no se cuenta con el número de profesionales adecuado para realizar todas las intervenciones quirúrgicas que se presentan diariamente; hay diferentes campañas que buscan erradicar esta práctica, que a consideración de los entrevistados es abandono del paciente, falta de monitoría y por lo tanto constitutiva de una conducta dolosa o culposa, dependiendo del caso en cuestión.

Frente a las situaciones imprevisibles e irresistibles que se pueden llegar a dar, consideran los entrevistados que la situación que mas refleja estas complicaciones son, las alergias o circunstancias adversas que se dan frente a medicamentos o anestias que el paciente no tenia certeza, ni conocimiento de que le generarían implicaciones gravosas a su salud; se reconocerán estas circunstancias como riesgos inherentes a la actividad anestésica.

Los eventos adversos pueden presentarse frente al paciente por diferentes fallas en el acto anestésico no sólo por el actuar del anestesiólogo sino que también por fallas del personal auxiliar o del equipo anestésico; en relación a estas últimas, las complicaciones pueden surgir por fallas imprevistas o por falta de mantenimiento. Ya frente a las fallas del personal auxiliar o del anestesiólogo hay que hacer un análisis basado en la culpa del sujeto que realiza la actividad; para así mirar si hay algún componente de impericia, imprudencia o de no diligencia.

Es importante reconocer que los médicos anestesiólogos entrevistados, consideran que en el equipo quirúrgico ellos tienen un papel de coordinación y cooperación frente a situaciones adversas y de dirección frente a los auxiliares quirúrgicos; por lo cual no existe una jerarquía del cirujano frente a ellos, ni viceversa; reconocen la teoría de la responsabilidad compartida.

La mencionada teoría sólo debe ser reconocida en la medida que sea imposible determinar quien fue el que incurrió en la conducta culposa o dolosa, es por ello que a la hora de un análisis jurídico hay que determinar primero las actividades, y campos de cada uno de los sujetos involucrados en el equipo médico, reconociendo la relación horizontal que hay entre el cirujano tratante y el anestesiólogo y la relación de verticalidad entre el anestesiólogo y el personal auxiliar quirúrgico.

Esta profesión, al ser regulada por la Ley 6 de 1991, es de la pocas profesiones que tienen un sistema reglamentado, que a través de la creación del Comité de Seguridad podrían llegar a derivar en muchas otras regulaciones aparte de las normas mínimas ya mencionadas, el problema es el vacío legal que existe en la legislación colombiana; ya que existen diferentes temas y circunstancias de gran importancia dentro del acto anestésico que tienen que ser examinadas o que podrían llegar ser legisladas a futuro, en razón a las dificultades frente a los riesgos o complicaciones de esta profesión.

V. Conclusiones

La anestesiología es un área de la medicina de gran importancia para cualquier intervención quirúrgica o médica, ésta involucra una gran cantidad de riesgos y eventos adversos que en un momento determinado pueden derivar en un daño hacia el paciente.

Es por esto que el anestesiólogo debe ser un profesional especializado y con todas las capacidades técnicas para resolver cualquier complicación que se presente frente al paciente. El anestesiólogo trata al paciente de manera íntegra, éste debe tener mayores conocimientos globales en relación a otras especialidades así como también debe estar en constante actualización frente al desarrollo de las técnicas y máquinas anestésicas conforme a su *lex artis*.

En virtud al desarrollo del acto anestésico se puede presentar la situación en la que el anestesiólogo genere un daño que conlleve a responsabilidad. Existen entonces diferentes teorías en relación a cual es el régimen de responsabilidad del anestesiólogo; por un lado está la teoría objetiva (responsabilidad sin culpa) que se basa en mirar el resultado es decir que en virtud a un daño hay responsabilidad lo cual se asemeja a la asunción de una obligación de resultado. En este caso se estaría tratando a la anestesiología como una actividad peligrosa por lo que la única manera para exonerarse de responsabilidad sería a través de la causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero) pues se está frente a un sistema de culpa presunta.

Con respecto a lo anterior, nuestra posición es clara en que la anestesiología no es una actividad peligrosa, es más bien una actividad riesgosa. Es por ello que el régimen de responsabilidad de esta especialidad se enmarca en la ya conocida teoría subjetiva en la cual frente a un daño se hace un análisis de la culpa, por lo cual habrá un sistema de culpa probada. Aquí la carga de la prueba se invierte y es quien sufre el daño ya sea el paciente o los familiares los que tienen que entrar a demostrar que el anestesiólogo actuó culposa o dolosamente, esto sin entrar a desconocer los postulados de la carga dinámica de la prueba que es cada vez mas aceptada por nuestros operadores de justicia. Se entiende entonces que el anestesiólogo se exonera con las ya mencionadas causales de exoneración y con un actuar diligente, es decir que hizo todo lo posible por prestar sus servicios de salud de manera adecuada.

Esta profesión es riesgosa frente al anesthesiólogo y frente al paciente. En cuanto al primero las anestésias inhalatorias (gases anestésicos) son contaminantes del medio ambiente por lo que puede repercutir en la salud de quienes se encuentran en la sala de cirugía, sin embargo con los avances tecnológicos se busca utilizar más la anestesia endovenosa la cual no genera estos efectos colaterales. (Campaña de Anestesia Ecológica, “...anestesia intravenosa – o anestesia ecológica, pues es la única que no contamina el ambiente ni destruye la capa de ozono –...”

(Vanegas)

Frente al paciente los riesgos son aún mayores. Su estado de inconsciencia por los anestésicos lleva a que éste se encuentre en una situación de vulnerabilidad e indefensión por lo cual debe haber unos cuidados y monitorización constantes, permanentes y adecuados sobre él. Es necesario hacer una valoración de cada tipo de paciente (Clasificación ASA) puesto que frente a cada paciente los riesgos y las complicaciones del acto anestésico son diferentes.

El paciente tiene derecho a que se le informe previamente respecto a cuál va a ser el procedimiento y técnicas de anestesia que se van a llevar a cabo conforme a su situación; para lo cual el anesthesiólogo deberá hacer un recuento detallado en el cual se le explique los riesgos presentes y complicaciones que podrían llegar a derivarse en la intervención. Dependiendo del caso este consentimiento lo podrá manifestar directamente el paciente o sus familiares.

Lo anterior hace referencia a las cirugías programadas ya que frente a las situaciones de urgencia al paciente no se le explica previamente que se va a hacer en la intervención sino que el anesthesiólogo actúa en virtud a la situación crítica y conforme a sus obligaciones y deberes como médico; en ésta situación, es importante el registro anestésico. Éste se lleva a cabo en cualquier acto anestésico y durante todo el procedimiento anestésico pero en situaciones de urgencia sirve de herramienta para probar y justificar cual fue la situación en que llegó el paciente, que fue lo que se le realizó y en general como se desarrolló el acto anestésico.

Las intervenciones quirúrgicas requieren de la participación de médicos especializados en diversas áreas, de un médico especializado en anestesiología y de un personal auxiliar; lo anterior se conoce como equipo médico. La posición del anesthesiólogo en este equipo es autónoma y en relación con el cirujano tratante hace referencia a una división horizontal de trabajo es decir que es una relación de apoyo en la cual no existe subordinación entre los mencionados.

Ya frente al personal auxiliar se habla de una división de trabajo vertical en la cual es el anesthesiólogo quien se encarga de dirigir, coordinar al personal directamente relacionado con su labor, por lo que se presenta una subordinación, pues es el anesthesiólogo quien lidera lo referente a su ejercicio durante el acto anestésico.

Si bien hay autonomía en el ejercicio de la anestesiología y por ende en la medida en que éste profesional genere un daño deberá responder, en aquellos casos en los cuales no es posible determinar la causa que lleva al daño que se produjo bajo la supervisión de un equipo médico, se deberá dar prevalencia a los intereses del paciente por lo cual se podría hablar de un régimen de responsabilidad compartida.

El anestesiólogo responderá en aquellos casos en los cuales actúe de manera dolosa o culposa, ésta última se debe analizar conforme a sus elementos constitutivos los cuales son la impericia, imprudencia, negligencia, y violación de leyes y reglamentos. Este análisis es la base para examinar si hubo relación entre el daño y el acto anestésico constituyéndose así el nexo causal.

En nuestro sistema jurídico ésta profesión está regulada por la Ley 6 de 1991 y sus respectivos decretos reglamentarios, esta ley se caracteriza por establecer parámetros importantes de ésta especialidad pero de carácter general por lo cual da lugar a que existan vacíos legales, así mismo ésta ley busca que mediante herramientas que ella misma crea se termine de regular la profesión como por ejemplo mediante la creación del Comité de Seguridad el cual trata de reglamentar las deficiencias que existen, sin embargo es clara la falta de regulación.

En virtud a lo anterior los jueces cuando se enfrentan a un caso de responsabilidad civil médica en el cual esté involucrado un anestesiólogo, fallan en ocasiones aplicando los postulados de la Ley 6 de 1991, las normas mínimas de seguridad (CLASA) pero se basan más que todo en los parámetros generales de la responsabilidad civil médica. Esto no debería ser así puesto que la anestesiología es una especialidad que al ser autónoma y conllevar los ya mencionados riesgos y eventos adversos, requiere de un análisis particular y conforme a la situación de cada paciente.

Frente a un proceso de responsabilidad civil médica del anestesiólogo consideramos que es necesario tener en cuenta ciertos criterios que en la medida en la que no se cumplan pueden dar lugar a la responsabilidad de este profesional:

1. Mirar si el daño se generó en virtud al acto anestésico, o si por el contrario el mismo obedece a un acto médico de una especialidad diferente.
2. Examinar si se cumplió con el deber de información y constatar así, la existencia del consentimiento informado en anestesia.
3. Observar si se llevo a cabo el registro anestésico de manera detallada, minuciosa y durante todas las etapas del acto anestésico.
4. Examinar si la conducta del anestesiólogo fue diligente en todas las fases de atención del paciente.
5. Examinar si la actuación del anestesiólogo fue prudente.

6. Evaluar la pericia del anesthesiólogo que desarrolló el acto anestésico.
7. Verificar que se haya cumplido con todo el desarrollo del acto anestésico, en sus diferentes fases salvo en aquellos casos de urgencia en donde no hay etapa preanestésica.
8. Constatar que el anesthesiólogo monitorizó durante todo el acto anestésico al paciente sin abandonarlo.
9. Estudiar si hay lugar a alguna de las causales eximentes de responsabilidad del anesthesiólogo (error, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o intervención de terceros).
10. Examinar si el daño fue producido por alguno de sus auxiliares y por lo tanto verificar la configuración de la responsabilidad por trabajo en equipo (división de trabajo vertical).
11. Mirar si el daño es producto de una intervención de trabajo en equipo en la cual no sea posible determinar quien ocasionó el evento dañoso y por lo tanto se configure la responsabilidad compartida o por el contrario el daño no puede ser atribuido a ningún profesional de la salud.

A continuación se expondrá un caso de responsabilidad civil médica del anesthesiólogo y se resolverá con base a los mencionados criterios y con las conclusiones del presente trabajo.

Se trata de una paciente de 34 años que va a ser intervenida quirúrgicamente en su hombro izquierdo, es anestesiada por un bloqueo interescalénico (BIS)¹⁸² guiado con estimulador de nervio periférico¹⁸³ para artroscopia¹⁸⁴. Una hora y media después de iniciada la anestesia, se

¹⁸² “La anestesia para la cirugía del hombro que proporciona el BIS es muy buena tanto desde el punto de vista sensitivo como del bloqueo motor (...) El BIS ha llegado a ser la técnica más importante para la cirugía de hombro, gracias a los avances de la técnica de la anestesia regional. La eficacia de la anestesia ha permitido un acto quirúrgico en buenas condiciones. (...) Esta técnica ofrece un excelente alivio del dolor después de la operación, y una baja incidencia de efectos colaterales.”(MERY)

¹⁸³ “El sistema nervioso periférico está constituido por el conjunto de nervios y ganglios nerviosos. Se llaman nervios los haces de fibras nerviosas que se encuentran fuera del neuroeje; ganglios, unas agrupaciones de células nerviosas intercaladas a lo largo del recorrido de los nervios o en sus raíces (*). Aunque también es periférico, el sistema nervioso simpático (también denominado vegetativo o

presento disminución en la saturación del oxígeno¹⁸⁵, hipotensión¹⁸⁶, extrasistolia ventricular¹⁸⁷, para lo cual se requirió la aplicación de los medicamentos; lidocaína, atropina y adrenalina, se le aplicó un masaje cardiaco, hasta que la paciente respondió a estas maniobras de reanimación.

Una vez superada la crisis, la paciente fue remitida a una unidad de cuidado intensivo, donde se evidenció un compromiso en su sistema neurológico, diagnosticándose una encefalopatía hipóxica¹⁸⁸.

autónomo), se considera como una entidad nerviosa diferente que transmite sólo impulsos relacionados con las funciones viscerales que tienen lugar automáticamente, sin que influya la voluntad del sujeto.” (Neurología, Anatomía y Fisiología del Sistema Nervioso)

¹⁸⁴ *“La Artroscopia consiste en la introducción por punción dentro de la articulación, de un sistema de lentes conectado a una cámara de vídeo que permite la visualización de las estructuras intraarticulares. Es un procedimiento quirúrgico que permite al cirujano visualizar, diagnosticar y tratar problemas en una articulación, sin necesidad de realizar una artrotomía con todas las ventajas que conlleva: mayor rapidez en la recuperación funcional de la articulación, menor dolor postoperatorio, menor estancia hospitalaria, mayor rapidez en la incorporación a la vida social. Consiste en acceder a la articulación por medio de una óptica y cumpliendo determinadas condiciones, como puede ser el tener la suficiente distensión articular y realizar distracción en dicha articulación (con determinados sistemas de tracción dependiendo de la zona), para poderse manejar dentro de ella.”* (Artroscopia)

¹⁸⁵ *“La oximetría de pulso o pulsoximetría es la medición, no invasiva del oxígeno transportado por la hemoglobina en el interior de los vasos sanguíneos. (...) Resultados Normales: La Saturación de Oxígeno debe ser mayor del 95%(...) Valoración de Resultados Anormales: Valores aumentados de la saturación del oxígeno: Hiperventilación Ansiedad. Valores disminuidos de la saturación del oxígeno: Enfermedades pulmonares crónicas, Descompensación o crisis de asma, Enfermedades cardiacas.”*(TUOTROMEDICO)

¹⁸⁶ *“Hipotensión: Tensión o presión sanguínea por debajo de los niveles normales”* (WORD REFERENCE)

¹⁸⁷ *“Extrasístole: alteración del ritmo cardiaco producida por un latido ectópico prematuro o adelantado con respecto al latido sinusal esperado. Las extrasístoles ventriculares (EV) como su nombre lo indica se originan en la cavidad ventricular ...”*(COMISIÓN DE EXSTRASISTOLIA VENTRICULAR AISLADA Y AGRUPADA)

Los familiares de la paciente, interpusieron por intermedio de apoderado judicial una demanda de responsabilidad civil en contra de la institución asistencial donde esta fue intervenida quirúrgicamente. El fundamento de la demanda consiste en que una paciente sana, sin ningún tipo de antecedentes médico quirúrgicos, entró a una clínica para ser sometida a un procedimiento quirúrgico ambulatorio y terminó sufriendo un daño cerebral irreversible que se concretó en una incapacidad laboral de un cincuenta y cinco por ciento (55%), de acuerdo con lo dictaminado por la Junta Calificadora de Invalidez.

Para efectos de este trabajo, amen que la demanda fue dirigida en contra de la institución prestadora de servicios de salud, nos centraremos en el estudio de la eventual responsabilidad civil del anestesiólogo, para lo cual con base en las pruebas conducentes y pertinentes se debe hacer el siguiente análisis.

En primer lugar, se debe examinar la evaluación preanestésica, con el fin de estudiar si existió alguna contraindicación para la realización del acto anestésico, o si se requerían estudios y exámenes adicionales para determinar la viabilidad de la anestesia, y para realizar la clasificación de la paciente en las distintas categorías ASA.

En segundo lugar, se debe examinar la historia clínica, y constatar la suscripción por parte de la paciente del consentimiento informado, con el fin de determinar los riesgos y complicaciones que se le advirtieron antes de la realización del acto anestésico.

Enseguida, debe examinarse el record anestésico con el fin de constatar la monitorización de la paciente durante las distintas fases del acto anestésico, hasta el momento en el cual se presentó el evento adverso. Esto con el propósito de determinar cual fue la actitud del anestesiólogo tratante: tiempo en advertir la crisis, medidas tomadas para enfrentarla (pertinencia e indicación de los medicamentos suministrados y de las maniobras adoptadas), cuidados y evaluación de la paciente una vez superado el evento adverso, hasta la remisión y entrega de la paciente a una institución de mayor nivel de complejidad de atención.

Posteriormente se debe estudiar cual fue la causa eficiente del daño neurológico que presentó la paciente y cuál es la relación de dicha causa con el acto anestésico. Si existe una relación entre el acto anestésico y el daño padecido por la paciente, se debe determinar si el evento adverso obedeció o no a la conducta del anestesiólogo, para lo cual se examinarán los elementos constitutivos de la culpa médica para determinar si esta se encuentra presente en el caso en estudio. En el evento en el cual se determine que no existe culpa médica por parte del

¹⁸⁸ *“Es un término que técnicamente se refiere a la falta de suministro de oxígeno a los hemisferios cerebrales (la parte exterior del cerebro), aunque es un término que se suele utilizar más para referirse a la falta de suministro de oxígeno a todo el cerebro.”(HEALTHBASIS)*

anestesiólogo, se debe entrar a examinar si el evento adverso acaecido en el acto anestésico puede responder o no, a un caso fortuito o fuerza mayor.

En suma, sin el análisis de todos estos elementos y supuestos, no será jurídicamente posible hacer una atribución de responsabilidad al anestesiólogo, porque a pesar que se presenten daños de considerable magnitud en pacientes como en el caso planteado, esto no significa de por sí, que deban radicarse las consecuencias patrimoniales de los mismos en los profesionales de la salud tratantes, porque de lo contrario se estaría tratando a la anestesiología como una actividad peligrosa, lo cual no puede permitirse por las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas precedentemente.

BIBLIOGRAFIA

AGUILERA CASTRO, Fernando. Anestesiología Básica. Bogotá, Colombia: Editorial Gente Nueva, 1990.

ALFARO-VICTORIA, Fernando, El consentimiento informado en la práctica anestésica. Revista Mexicana de Anestesiología, Colegio Mexicano de Anestesiología, México abril-junio, año. 29 suplemento 1, 2006.

ALVAREZ ECHEVERRI, Tiberio. Restrepo Jairo. Noreña Alonso. Manual Básico de Anestesia y Reanimación. Medellín, Colombia: Editorial por Hacer, 1990.

ALVAREZ ECHEVERRI, Tiberio. Cirugía: Anestesiología. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Antioquia, 1995.

Artroscopia, Abril 14 de 2009 <<http://www.artroscopiaweb.com/>>

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. Las obligaciones de actividad y de resultado. España: José María Bosch Editores S.A, 1993.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. LEY 57 de 1887.

COMISIÓN DE EXTRASISTOLIA VENTRICULAR AISLADA Y AGRUPADA. Abril 14 de 2009. <<http://www.sac.org.ar/consensos/a5.htm>>

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. (1991)

CRESPO VILLEGAS, Zacarías. HISTORIA DE LA ANESTESIA: LOUIS OMBREDANNE. Marzo 20 de 2009. <<http://www.inmedsuc.8m.com/131/historia2.htm>>.

CRONJÉ-RETIEF, Marésa. The Legal Liability of Hospitals. Netherlands: Kluwer Law International, 2000.

DE BRIGARD, Ana María. Consentimiento informado del paciente. Revista Colombiana de Gastroenterología, Aspectos Médico Legales, No. 19 (4), 2004. <<http://www.scielo.org.co/pdf/rcg/v19n4/v19n4a09.pdf>>

DECRETO 97 DE 1996 (Enero 12). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6 de 1991, sobre la especialidad médica de Anestesiología.

DECRETO 2090 de 2003 (Marzo 29). Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades. Diario Oficial No. 45.262, de 28 de julio de 2003. QUE DEROGA EL DECRETO 1281 DE 1994 (Junio 2). Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo.

DIEZ, Fabiana. Responsabilidad Profesional: Capitulo II: Responsabilidad del Anestesiista. Director: Carlos Alberto Ghersi. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1996.

DONCELL LUNA, Leonardo. Responsabilidad Civil Médica. Bogotá, Colombia: Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2000.

FEDERACIÓN ARGENTINA DE ASOCIACIONES DE ANESTESIA, ANALGESIA Y REANIMACIÓN (FAAAAR), Abril 3 de 2009. <<http://www.aaarba.org/frinstit.htm>>

GALINDO ARIAS, Manuel. Seguridad, Riesgo y Anestesia. Marzo 27 de 2009. <<http://www.revcolanest.com.co/rca/files%5Carticulos%5Cv28n2a10.pdf>>

GUZMAN MORA, Fernando. Franco Delgadillo Eduardo. Rosseli Cock Diego Andrés. La Práctica de la Medicina y la Ley. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 1996.

GUZMÁN MORA, Fernando. Derecho Medico Colombiano: Elementos Básicos. Tomo I, Volumen I. Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 2004.

HEALTHBASIS. Abril 14 de 2009.

<<http://www.healthbasis.com/Spanish%20Health%20Illustrated%20Encyclopedia/5/001435.htm>>

HERRERA PONTON, JAIME. Historia de la Anestesia en Colombia. Universitas Médica, Volumen 27 # 1,2, Enero – Junio 1985.

HIGGINS GUERRA, Luis Federico. Cronohistoriografía de la Anestesiología. Marzo 20 de 2009. < <http://www.anestesia.com.mx/histor2.html>>.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

JIMÉNEZ GIL, William. Línea jurisprudencial respecto al principio de la buena fe (art. 83 de la Constitución Política Colombiana.). Febrero 13 de 2009. <<http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LINEA%20JURISPRUDENCIAL%20RESPECTO%20AL%20%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE.pdf>>

JURÍDICA AL DÍA, Daño a la Vida en Relación, Mayo 15 de 2009. <http://www.popayanaldia.com/juridicaaldia/?opcion=ampliar_noticia&idn=450&fechaindex=2009-05-16>

LATIN AMERICAN SOCIETY OF REGIONAL ANESTHESIA URUGUAY, <www.lasra.com.uy>, Abril 5 de 2009.

LEY 14 DE 1962 (Abril 28). Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía. Diario Oficial No. 30.785, del 5 de mayo de 1962.

LEY 23 DE 1981 (Febrero 18). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial No. 35.711, del 27 de febrero de 1981.

LEY 6 DE 1991 (Enero 16). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 39.631, de enero de 1991.

LEY 657 DE 2001 (Junio 7). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de la radiología e imágenes diagnósticas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 44.450, de junio de 2001.

LÓPEZ AGUNDEZ, José María, Un fallo condena por imprudencia grave en un acto anestésicoletal, 2 de abril de 2001. <www.diarimedico.com/normativa/norm020401combis.html>

LÓPEZ MESA, Marcelo J, Responsabilidad Civil de los Profesionales, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia: aspectos sustanciales y procesales. Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 1996.

MERY BARRUEL, Jorge. Nota Clínica: Bloqueo interescalénico y cirugía del hombro. Un estudio de 25 pacientes. Barcelona. Abril 14 de 2009 <http://revista.sedolor.es/pdf/2000_01_06.pdf>

MORENO-ALTORRE, Carlos Rodolfo. Qué hacer ante una catástrofe en anestesiología. Aspectos Gremiales, Volumen 29. Supl. 1, Abril – Junio 2006, PP S113 – A120. <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/476/47609922.pdf>>

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad Por Daños: Responsabilidad Colectiva. (Tomo VI) Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 1999

Neurología, Anatomía y Fisiología del Sistema Nervioso, Abril 14 de 2009, <<http://www.iqb.es/neurologia/a006.htm>>

Normas mínimas de seguridad en Anestesiología CLASA - SCARE 2006, Comité de Seguridad CLASA –SCARE. Rev. Col. Anest. vol.34 no.3 Bogotá Sept. 2006 <<http://www.Revista Colombiana de Anestesiología - bNormas mínimas de seguridad en Anestesiología CLASA - SCARE 2006 -b.mht>>

PEÑA, Julio Enrique. La evaluación preoperatoria con riesgo anestésico. Rev. Col. Anest. vol.35 no.2 Bogotá Jan. /Apr. 2007. <<http://www.Revista Colombiana de Anestesiología - La evaluación preoperatoria con riesgo anestésico -b.mht>>

PEREZ DE LEAL, Rosana. Responsabilidad civil del médico: Tendencias clásicas y modernas. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.

PROYECTO DE LEY 82 DE 1999 (Septiembre 7). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de la radiología e imágenes diagnósticas y se dictan otras disposiciones.

PROYECTO DE ACTUALIZACIÓN DE LA “CLASIFICACIÓN ÚNICA DE PROCEDIMIENTOS EN SALUD – CUPS) Reunión 28 de octubre de 2008, MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL - SOCIEDAD COLOMBIANA DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN - SCARE. Marzo 24 de 2009. <http://www.scare.org.co/scare/files/normas/relatoria_cups.pdf>

RESOLUCION 1712 DE 2005 DEL MINISTERIO DE SALUD Y MEDIO AMBIENTE, Apruébanse las normas e instrumentos para la habilitación categorizante de los servicios de quirófanos como anexo de Consultorios, Centros Médicos, Servicios Médicos y/u Odontológicos de Urgencia e Institutos y el Listado de procedimientos de Cirugía Menor Ambulatoria y Cirugía Mayor Ambulatoria. Abril 6 de 2009 <http://www.redproteger.com.ar/Legal/sanidad_salud/quiروفano/res_1712_2005.htm>

RINESSI, Antonio Juan. El Deber de Seguridad. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

RODRIGUEZ G., Luz Carolina. Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica. Bogotá, Colombia: Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

RUIZ, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. Febrero 12 de 2009. <http://www.puj.edu.co/banners/LA_RESPONSABILIDAD.pdf>

SANCHEZ TEJADA, Alfonso. El Secreto Médico. Bogotá, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1942.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. (Tomo I – II – III) Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad Civil. Madrid, España: Editorial Montecorvo S.A, 1991.

SARMINETO GARCIA, Manuel Guillermo. Estudios de Responsabilidad Civil. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 5 de Noviembre de 1935. Gaceta Judicial, t XLIII.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 31 de Mayo de 1938.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 5 de Marzo de 1940. Magistrado Ponente: Liborio Escallón.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 12 de Septiembre de 1985. Magistrado Ponente Horacio Montoya Gil.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 26 de Noviembre de 1986. Magistrado Ponente: Héctor Gómez Uribe.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA, 14 de Febrero de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

SENTENCIA C. 606 del 14 de Diciembre de 1992. Magistrado Ponente: CIRO ANGARITA BARON. Referencia D-044.

SENTENCIA C-377 del 25 de Agosto de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Referencia D-486.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA, 3 de Febrero de 1995. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

SENTENCIA C-280 del 29 de Junio de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-717.

SENTENCIA C-320 de 19 de Julio de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-751.

SENTENCIA C-264 de 13 de Junio de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

SENTENCIA T-313 de 17 de Julio de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA, 7 de Octubre de 1999. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA, 15 de Junio de 2000. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA, 19 de Julio de 2000. Consejera Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 30 de Enero de 2001. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA, 24 de Enero de 2002. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros...

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 11 de Septiembre de 2002. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 13 de Septiembre de 2002. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 26 de Septiembre de 2002. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 27 de Septiembre de 2002. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA, 5 de Mayo de 2005. Consejera Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 19 de Diciembre de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SECCION CUARTA 3 de Mayo de 2007. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié. Expediente 14667.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 15 de Enero de 2008. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 13 de Mayo de 2008. Magistrado Ponente: César Julio Copete.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, 2 de Julio de 2008. Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Responsabilidad Civil y del Estado en la Prestación de Servicios Médicos Asistenciales. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.

SOCIEDAD DE ANESTESIOLOGÍA DE CHILE, Abril 4 de 2009, <www.sachile.cl>.

SOCIEDAD IBEROAMERICANA DE DERECHO MÉDICO, Abril 4 2009 <www.sideme.org>.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la Prueba de la Culpa Médica: En Derecho Civil y Administrativo, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 1999.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. (Tomo I - Tomo II) Bogotá, Colombia: Editorial Legis, 2007.

TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. (Tomo II) Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2000.

TUOTROMEDICO, Abril 14 de 2009.
<<http://www.tuotromedico.com/temas/pulsioximetria.htm#1>>,

URIBE-VELASQUEZ, Humberto. El Médico Anestesiólogo y su Responsabilidad Civil. Aspecto Gremiales, Volumen 29. Supl. 1, Abril – Junio 2006, PP S109 – S112.
<<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/476/47609921.pdf>>

URZOLA DELGADO, Alberto Enrique. Riesgo Anestésico: Mortalidad en Anestesiología. Revista Colombiana de Anestesia # 24: 231 (1996).
<<http://www.revcolanest.com.co/rca/files%5Carticulos%5Cv24n3a02.pdf>>

VANEGAS SAAVEDRA, Alberto. Anestesia Intravenosa. Bogotá, Colombia: Editorial Medica Panamericana, 2008.

VELOSO DE FRANCA, Genival. Socialización del Riesgo Médico. Resumen de la ponencia presentada en el I Simposio Iberoamericano de Derecho Médico, realizado en Montevideo, 28 al 30 de Septiembre de 2000. <<http://www.smu.org.uy/publicaciones/noticias/noticias115/art-9.pdf>>

WORD REFERENCE .COM. Diccionario de la Lengua Española. Abril 14 de 2009,
<<http://www.wordreference.com/definicion/hipotensi%F3n>>

YUNGANO, Ricardo Arturo. Responsabilidad profesional de los médicos-cuestiones civiles, penales, médico- legales y deontológicas, Capítulo V, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1986.

Marzo 23 de 2009, <<http://www.neurocirugia.com/escalas/asa.htm>>

Marzo 23 de 2009, ≤ http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UB/AVAILABLE/TDX-0310105114935//2.HIP%D3TESIS.pdf>