

DA0045
2015
Ej. 1

1323917

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

TEMA
RESPONSABILIDAD MEDICA
POR NEGLIGENCIA, IMPERICIA, IMPRUDENCIA O VIOLACIÓN DE
REGLAMENTOS, BIEN POR ACCIÓN O BIEN POR OMISIÓN

PROMOCION 32
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ALUMNOS
OSCAR DIAZ PANIZZA
DARLIS CERA ZULUAGA
ALICIA DAVILA OLIVELLA

PROFESOR
RODOLFO PERS VASQUEZ

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BARRANQUILLA - ATLANTICO
Febrero 05 de 2015

 **UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR**
BIBLIOTECA
INSTITUTO DE POSTGRADO

INTRODUCCIÓN

Se hablara sobre la responsabilidad médica por negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamentos, bien por acción o bien por omisión en Colombia.

I. Teorías sobre la responsabilidad médica:

Existen dos teorías al respecto. La primera, denominada objetiva, que afortunadamente por lo menos así se manifiesta no ha sido aceptada por nuestros altos tribunales, hace abstracción del elemento subjetivo y volitivo ante un hecho perjudicial causado por un supuesto error de conducta médica o simple accidente médico. Es conocida en los pasillos bajo el aforismo aparentemente obvio de que “quien rompe paga”, y que ante un caso concreto simplemente se limita a indagar si resulto alguien perjudicado como consecuencia de una actuación medico quirúrgica, sin importar el tipo de conducta culposa o no culposa del profesional o grupo de profesionales que han intervenido. Hipótesis como esta podrían llevar a la conclusión que siempre que fallezca un paciente debiera resultar condenado el médico o grupo de profesionales que hubiese intervenido en el diagnóstico o en el manejo terapéutico.

La segunda es la teoría subjetiva que si se tiene en cuenta tal elemento subjetivo del actuar médico, indaga sobre si en tal desenlace perjudicial como consecuencia de un actuar medico, este se produjo con dolo o intención o simple culpa en cualquiera de sus modalidades, esto es, **por negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamentos, bien por acción o bien por omisión.** Todo visto desde la regla general de que en principio el médico o la institución hospitalaria están obligados a desplazar los medios intelectuales y físicos para mejorar la salud del paciente o mantenerlo con vida, pero que no necesariamente faltan a sus obligaciones si tal resultado se frustra o no se logra.

II. Responsabilidad médico legal¹

El medico esta obligado como ser humano, que vive en sociedad, de asumir las consecuencias de su actuar, siendo pues esta responsabilidad, una

¹ Sánchez Quintero Sonia Ruth, Abogado, Patiño Sánchez Luz Hidela, Anestesióloga, Revista Medico Legal, Sociedad Colombiana de anestesiología y Reanimación SCARE.

obligación, una obligación valedera para todos los ordenes jurídicos (penal, civil, laboral, y administrativo). Esta responsabilidad se basa en un obrar humano que conlleva a la ocurrencia de un daño. Porque la profesión del medico, es de medio y no de resultado. La conducta desplegada por el medico lo debe conducir a utilizar técnicas usuales y admitidas por la medicina, tendiente a la curación de la dolencia o a la mitigación del dolor del ser humano. La obligación del medico consiste en principio en la aplicación de los conocimientos que el estado actual de la conciencia le proporciona, con la finalidad de obtener la recuperación del paciente, observando el mayor cuidado y diligencia tanto en el diagnóstico como en el tratamiento. Por lo tanto, el medico contrae una obligación de medio consistente en la aplicación de su saber y de su proceder, a favor de la salud del enfermo si lo esta, a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar curación. El medico no puede comprometerse a salvar la vida del paciente o a curarlo de su enfermedad. Su obligación es poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el titulo acredita y prestarle la atención profesional que su estado requiere, el facultativo debe actuar con la debida prudencia y diligencia.

El medico en el ejercicio de su profesión puede ser comprometida su responsabilidad, según se trate de acciones u omisiones de acuerdo a:

- **Responsabilidad comprometida (grupo que interviene en el acto quirúrgico)**
- **Culpa por acción**
- **Culpa por omisión**

La actividad culposa del profesional médico puede originarse en una actuación con negligencia, con imprudencia, con poca diligencia, con impericia manifiesta o inexplicable, en una conducta omisiva, o cuando no se observan las normas propias de la profesión.

III. Normas legales aplicables al profesional medico²

Al médico, como a todo ciudadano colombiano, le es aplicable cualquier norma de la abundante legislación existente en el país, cuando de cualquier manera ha violado alguna de las normas que la conforman.

Sin embargo, en lo atinente a la práctica profesional de la medicina, las normas aplicables se han localizado en la formación penal, civil y disciplinaria. La Ley 23 de 1981 o Código de Ética médica, constituye un estatuto procedimental disciplinario, lo que determina una vía más para procesar a un profesional de la medicina.

Se dice que la ley 23 de 1981 es una nueva forma o vía para iniciar, tramitar y finiquitar un proceso contra un médico, porque un galeno por el solo hecho de ser un profesional de la medicina, responde como cualesquier otro profesional en la práctica de su profesión u oficio, cuando de su actividad se origina un daño que causa un perjuicio, ya sea dolosa o culposamente. Este aspecto esta ampliamente tratando en nuestro código penal y civil.

Con base en lo antes anotado podemos decir, entonces, que prácticamente sobra la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica y los Tribunales de Ética Médica, por cuanto la responsabilidad civil y penal en la practica de cualquier profesión como lo es la medicina, esta regulada ampliamente en la legislación penal y civil, de lo que se ocupa la justicia ordinaria y el aspecto ético-moral en la practica de la profesión medica, ha sido, desde siempre, atendida y resuelta por los colegios médicos , academias de medicina e instituciones científicas y gremiales.

De acuerdo a las normas penales, civiles y disciplinarias, el médico en la practica de su profesión corre el riesgo de ser denunciado o demandado y verse de esta manera, implicado en u proceso de la justicia ordinaria por responsabilidad penal, civil o por ambas; pudiendo serla segunda contractual o extracontractual, que como su denominación lo indica pueda

² Ramírez Ríos Juan Manuel, Anestesiólogo y Abogado, Revista Medico Legal, Sociedad Colombiana de anestesiología y Reanimación SCARE.

originarse de un contrato o de una actividad no consagrada en un contrato, respectivamente.

En el caso de un proceso de la Justicia Ordinaria Civil, se busca una indemnización pecuniaria (esto es dinero), de acuerdo a los prejuicios causados, tasándolos desde el punto de vista material y moral. Los materiales se dividen el daño emergente y lucro cesante y los morales los dejan a discreción del Juez siendo el máximo de mil gramos oro o el equivalente en pesos colombianos en el momento de liquidarlos para cada una de las personas demandantes.

Para tasar los prejuicios se tendrá en cuenta el grado de culpa en la actividad del profesional y se clasifica de acuerdo al artículo 63 del Código Civil Colombiano en: *CULPA GRAVE O DESCUIDO GRAVE asimilada a la negligencia grave, que en caso de materiales civiles equivale al dolo*; CULPA LEVE O DESCUIDO LEVE, culpa que se opone a la negligencia o descuido ordinario o mediano; CULPA LEVISIMA O DESCUIDO LEVISIMO, especie de culpa que se opone a la suma diligencia o cuidado.

Normas aplicables: Ley 23 de 1981, Decreto 3380 de 1981, Resolución 1995 de 1999, Decreto 2174 de 1995, Decreto 2309 de 2002, Decreto 1011 de 2006 como sistema obligatorio de Garantía de calidad en salud.

Culpa: Se determina completamente con los hechos expuestos la negligencia, impericia, imprudencia y desconocimiento de normas, protocolos y guías por parte de los médicos tratantes de la NOMBRE CLINICA, por cuanto se demostró como se incurrió en error diagnóstico y en el tratamiento inadecuado e inoportuno en la atención del señor NOMBRE PACIENTE, basados en los aparentes signos clínicos del paciente reportados en historia clínica y no el cuadro clínico real que presentaba el paciente, incumplimiento con los protocolos y guías de manejo y la *lex artis medica*; existió además poca diligencia al obviar o desconocer el cuadro clínico inicial y su evolución clara, y al orientarse por los exámenes de laboratorio cuando estos son soporte confirmatorio y no son la base para hacer el diagnóstico clínico definitivo, de ahí su nombre de "paraclínicos".

El laboratorio clínico de la NOMBRE CLINICA incurrió en negligencia impericia, e imprudencia al presentar exámenes con resultados dentro de límites normales a pesar del cuadro clínico del paciente que ayudaron a desvirtuar el diagnóstico, e induciendo al error diagnóstico por parte de los médicos tratantes del servicio de urgencias.

La NOMBRE CLINICA también incurrió en culpa grave o descuido grave, al negar la atención del paciente con cuadro clínico de dolor abdominal agudo, apendicitis aguda diagnosticada por sus médicos especialistas, con cuadro de irritación peritoneal y peritonitis generalizada que requería de atención con procedimiento quirúrgico de urgencias. La negación de la atención por factores económicos desconociendo la gravedad del estado clínico del paciente y conociendo su evolución dentro de la institución agrava el hecho de la negación³.

Perjuicio o daño: Como se comprueba con toda la descripción de los hechos se ha generado una serie de perjuicios físicos, psíquicos, morales y de vida en relación al paciente señor NOMBRE PACIENTE, a quien se le prolongo su estancia hospitalaria y manejo ambulatorio, incapacidad laboral con el lucro cesante, generado por la pérdida de su trabajo independiente como conductor de taxi, pérdida de sus ingresos fijos. Daño emergente por las deudas a las que ha tenido que incurrir para poder sostener su diario vivir y el de su familia, deudas de las cuotas de su vehículo, tarjetas de crédito, embargo de préstamos hechos, pensiones escolares y el pago de las atenciones a las que está sometido actualmente, adicional al costo de la

³ Circular 14 de la Superintendencia Nacional de salud. Atención inicial de urgencias de carácter obligatorio.

Carta circular 024 de 1999. Supersalud: artículos 44, 48, 49 y 50 de la Constitución Política de Colombia y su desarrollo legal (el Literal a) del artículo 3o. de la Ley 10 de 1990, el numeral 2o. del artículo 159 de la Ley 100 de 1993), el Estado tiene el deber legal de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias y la atención de urgencias, entendidas en los términos del Decreto 412 de 1992, de la Resolución número 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud. En consecuencia en ninguna institución prestadora de servicios de salud, bajo ninguna circunstancia de orden público y/o social, se negará esta atención, ni otra intervención, cuya omisión ponga en riesgo la vida de las personas. La violación a la normatividad antes citada, dará lugar a la aplicación de las acciones jurídicas pertinentes por parte de la Procuraduría General de la Nación, Ministerio de Trabajo, Defensoría del Pueblo, Fiscalía General de la Nación y Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo a su esfera competitiva.

Malla de Marles que requiere para corregir la lesión del abdomen y los costos de la próxima cirugía correctora. Se debe tener en cuenta que siendo taxista independiente no puede ejercer su labor con la secuela incapacitante del abdomen abierto con limitación de contenido y fuerza y forma de su pared abdominal, Generándose con esta limitación un daño moral, daño emergente y un lucro cesante para el señor NOMBRE PACIENTE. El principal perjuicio o daño causado al señor NOMBRE PACIENTE consistió en quedar con una Pérdida de Capacidad laboral: Discapacidad del 52,70% determinada por la valoración de Seguros Bolívar.

Relación o nexo de causalidad: *existe pluralidad hechos o culpa en las causas que son las generadoras del daño o perjuicio sufrido por el NOMBRE PACIENTE, dentro de los cuales se encuentran demostrados: 1.) El error del laboratorio clínico en el reporte de laboratorios normales no compatibles con el estado y cuadro clínico del paciente, 2.) El error de diagnósticos que se demostró en los hechos y se prueban como son los diagnósticos de gastroenteritis aguda, urolitiasis y nefrolitiasis, establecidos en un paciente con cuadro de dolor abdominal agudo por apendicitis aguda. 3.) Estos diagnósticos errados generaron en consecuencia el tratamiento contraindicado para este tipo de patología, manejado con analgésicos (buscapina), antieméticos, (metoclopramida) y antiulcerosos (ranitidina), no indicados en este cuadro clínico según los protocolos y guías de manejo 4.) También por error de diagnósticos se genero un manejo ambulatorio (salida del paciente con cuadro de abdomen agudo), que esta contraindicado para este cuadro clínico de abdomen agudo por apendicitis aguda. 5.) Existe culpa demostrada y se genera daño por parte de la NOMBRE CLINICA por el hecho de negarse la atención de cirugía de urgencias al paciente señor NOMBRE PACIENTE por factores económicos prolongando con esto el tiempo de evolución del padecimiento agudo y gravedad del paciente con riesgo de complicaciones severas y muerte.*

Con los hechos descritos se demuestró como se desencadenó la evolución torpida de la patología aguda llevando a las complicaciones severas de peritonitis generalizada, sepsis que requirió manejo quirúrgico de urgencias y riesgo de muerte al punto de requerir cirugía de urgencias, hospitalización

en unidad de cuidados intensivos; estas complicaciones severas desembocaron en manejo con reintervenciones quirúrgicas (cirugías en repetidas ocasiones) y manejo con abdomen abierto. Generaron la complicación de eventración⁴, daño irreversible de pared abdominal y posterior corrección con malla de Marles. Todos los hechos y la culpa demostrada generaron un daño o perjuicio tan severo que desencadenó en una Pérdida de Capacidad laboral permanente del señor NOMBRE PACIENTE del 52,70%: Discapacidad laboral permanente.

⁴ Pared abdominal abierta por pérdida de forma, fuerza y capacidad de contenido abdominal secundaria a cirugía abdominal por infección generalizada: Peritonitis generalizada.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Código Civil de la República de Colombia,

ARTICULO 2341. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”*

ARTICULO 2342. LEGITIMACION PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACION. *Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.*

ARTICULO 2343. PERSONAS OBLIGADAS A INDEMNIZAR. *Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.*

El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado.

ARTICULO 2344. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. *Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.*

ARTICULO 2356. RESPONSABILIDAD POR MALICIA O NEGLIGENCIA. *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*

ARTICULO 1613: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. Exceptúense los casos en los que la ley la limita expresamente al daño emergente.*

ARTICULO 1614: *“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de haberse cumplido o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.*

V. Fundamentos de la responsabilidad civil.

Carbonnier⁵ ha definido la responsabilidad civil como "la obligación de reparar el perjuicio a otro". Con otra orientación, se ha dicho que la responsabilidad civil se traduce en una deuda de reparación que pesa sobre el autor del perjuicio, en provecho de la víctima⁶. En consecuencia, se dice que una persona es civilmente responsable cuando resulta obligada a reparar el perjuicio sufrido por otro⁷.

La responsabilidad civil contractual resulta de la inexecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada de un contrato válido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en él.

La responsabilidad civil extracontractual o delictual (delictual propiamente dicha y cuasidelictual), se da en ausencia de contrato. Resulta de un *hecho cualquiera*.

En cualquiera de los dos casos se ha quebrantado la regla moral y de justicia social elemental de no perjudicar a otro y, en consecuencia, el autor del daño debe repararlo. La obligación de indemnizar es en principio la misma y las normas que rigen la responsabilidad civil delictual y la cuasidelictual no difieren.⁸

En la teoría del acto jurídico, la clasificación de las obligaciones que se fundamenta en el objeto de la obligación, habla de obligaciones de dar, hacer y no hacer. La doctrina moderna complementa esta clasificación con las *obligaciones de medios y de resultado*, modalidades estas que tienen

⁵ JEAN CARBONNIER, Droit civil, vol. II. Paris, Themis, 1959. pág. 569.

⁶ JACQUES FLOUR Y JEAN LUC-AUBERT, Droit civil, Les obligations, Vol. II, Paris, Collection Amand Colin, 1981, num.586.

⁷ HENRI LÉON Y JEAN MAZEAUD Y MICHEL DE JUGLART en Lecons de droit civil, t. II, Vol. II. Paris, Montchrestien, 1973, num. 374; MICHELE LAURE RASSAT, La responsabilité civile, Paris, Presses Universitaires de France, 1973, Pág.1.

⁸ Código Civil Colombiano, Arts. 2341 y 2356.

enorme trascendencia en la responsabilidad civil, tanto contractual como la extracontractual.

La obligación de medios, conocida también como obligación de prudencia y diligencia, es aquella que impone al deudor el deber de emplear al servicio del acreedor los medios de que dispone, y de observar especial cuidado y diligencia con miras a alcanzar un fin; pero sin garantizar en ningún momento ese fin buscado, sin asegurar un resultado. El ejemplo más claro se encuentra en la doctrina: la obligación del médico es una obligación de medios, por cuanto él no se puede comprometer a curar un enfermo o a salvar su vida, sino a emplear los medios pertinentes y a actuar con prudencia y diligencia para tratar de obtener ese fin.

La obligación de resultado es de naturaleza bien distinta: en virtud de esta obligación, es conocida también como *determinada o específica*, el deudor se compromete a producir un resultado a favor del acreedor. Si este resultado no aparece, habrá de decir que el deudor incumplió. Según la jurisprudencia, en el tema de responsabilidad médica esta obligación se considera para la cirugía estética y en obstetricia, donde el resultado es producto de un acuerdo previo de un resultado.

Según que la obligación sea de medios o sea de resultado, las nociones de culpa y de carga de la prueba van a sufrir modificaciones.

Si la obligación es de medios, la simple ausencia del fin pretendido no haría inferir que el deudor incumplió su prestación. Recordemos la obligación del médico: él no se comprometió a salvar la vida del enfermo, no garantizó ese resultado sino que se obligó a emplear los medios que podrían conducir a tal meta. En consecuencia, si se le demanda en responsabilidad civil habrá de probar su culpa; habrá que demostrar que fue negligente, que omitió emplear los medios que la técnica médica aconseja, o que incurrió en un error protuberante que determino el deceso del enfermo. Son ejemplos en la jurisprudencia: sobredosis de medicamentos, exceso de anestesia, error de diagnostico, torpeza o negligencia operatoria, etc.⁹

La obligación de medios impone la aplicación del principio tradicional y general del derecho de acuerdo con el cual la carga de la prueba

⁹ PLANIOL, RIPERT Y BOULANGER, *Traite de droit civil*, t. II, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1957, num. 938.

corresponde al actor¹⁰. Esto es responsabilidad subjetiva¹¹, Primer grado: *Culpa probada*¹².

En cambio, *la obligación de resultado* implica variaciones fundamentales en la materia antes mencionada: hace presumir la culpa del demandado y como consecuencia invierte la carga de la prueba. Por lo tanto, si el deudor de la obligación de resultado no ejecuta la prestación prometida, ha incumplido. Tal incumplimiento hace presumir su culpa. Esto es responsabilidad subjetiva, Segundo grado: *Culpa presunta*¹³.

En el fundamento actual de la responsabilidad civil los elementos constitutivos de la responsabilidad son el: 1.) *Daño o perjuicio*, 2.) el *hecho perjudicial o hecho generador* de la responsabilidad y 3.) *La relación de causa a efecto*.

Tradicionalmente se ha hablado de *perjuicio, culpa y relación de causalidad* como elementos estructurales de la responsabilidad civil. De donde se sigue que la culpa es el segundo elemento de la responsabilidad civil, en esa concepción. Pero resulta más comprensivo y adecuado al fundamento actual de la responsabilidad civil el elemento hecho perjudicial o hecho generador.

El daño o perjuicio: A pesar de que el Código civil no definió el perjuicio, su noción resulta clara, por cuanto coincide con el significado corriente de la palabra: es un daño, una lesión en el patrimonio, en el honor, en los sentimientos, en las prerrogativas de orden afectivo e intelectual.

¹⁰ Onus probandi incumbit actori. C de P.C. art. 172 y C.C. art. 1757.

¹¹ Dentro del sistema de responsabilidad subjetiva, nadie comprometerá su responsabilidad sino en el supuesto de que ha cometido una culpa que ha ocasionado un perjuicio a otro.

¹² El actor debe probar la culpa de su demandado, de aquel a quien ha señalado como autor del perjuicio que reclama.

¹³ Se presume la culpa del demandado y por lo tanto el demandante está exonerado de aportar esa prueba. Le basta demostrar el perjuicio y la relación de causalidad entre la actividad del demandado y el daño sufrido por él, que es la víctima. Al demandado le toca demostrar la ausencia de culpa o causa extraña exoneratoria: fuerza mayor, caso fortuito o culpa de a víctima.

Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.¹⁴

El perjuicio además de ser un elemento que reclama lógica, el perjuicio es una exigencia legal. Esto se advierte de la lectura de los artículos 2341¹⁵ y 2356¹⁶ del código civil, normas que se refieren a la responsabilidad extracontractual, lo mismo que los preceptos de los artículos 1610 y 1612 del mismo código, relacionados con la responsabilidad contractual.

El perjuicio debe ser *directo, actual y cierto*. Son condiciones tradicionales que es preciso analizar para determinar su verdadero sentido. Directo: se significa que él debe presentarse como una consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación. La obligación quebrantada puede haber sido una obligación contractual o bien, una obligación extracontractual (violación de una norma de comportamiento). Actual: se quiere significar que debe existir en el momento de formular la demanda. El perjuicio futuro es indemnizable desde que sea cierto. De donde se sigue que el carácter esencial del perjuicio es la certeza. Cierto: Que no haya duda sobre su inexistencia; puesto que puede valorarse inmediatamente.

***La culpa*: es un elemento común y básico en todos los casos de responsabilidad civil. La noción de culpa es relativo y va a depender de la naturaleza de la obligación quebrantada, que puede ser de medios (llamada también de prudencia y diligencia), o que puede ser de resultado (llamada también determinada o específica).**

Planiol, sostiene que la culpa es la “violación de una obligación preexistente”. “La idea mas realista es entonces caracterizar la culpa como un error o una falta de conducta”. Se trata de comprobar dos actitudes: aquella que tuvo el autor del perjuicio y aquella que hubiera debido tener. De esto se concluye: está en culpa quien no se comporto como debería haberlo hecho.

¹⁴ De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Santiago de Chile, Imprenta Universal. 1987, núm. 138.

¹⁵ *El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*

¹⁶ *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*

“La culpa es un acto descuidado o temerario, más que un daño intencional. Una persona es negligente cuando deja de emplear el cuidado que el hombre razonable habría empleado en las mismas circunstancias. El criterio es: ¿Cómo habría actuado el hombre razonable?”. En efecto, se define a la culpa como la “falta de emplear el grado de cuidado que un hombre razonable habría ejercido”¹⁷

La doctrina expresa que en materia de responsabilidad civil la culpa equivale más bien a la noción de *culpa civil* o *culpa social*, que se configura por la violación de normas de comportamiento, en virtud de una conducta impropia de una *persona prudente*.

Código Civil. Artículo 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

La relación de causalidad: la relación de causalidad o vínculo de causalidad es el tercer elemento de la responsabilidad civil. Es un elemento esencial de ésta, motivo por el cual se ha dicho que es una exigencia de la razón. “se entiende por causalidad el nexo causal eficiente” Según el principio de la causalidad la causa produce el efecto. Deberá demostrarse la

¹⁷ Legal Dictionary Dennison, Mass., m Framingham, 1965.,. Pág. 136.

existencia de un vínculo causal entre tal perjuicio y el hecho o culpa del demandado. Deberá aparecer en forma clara que el hecho generador de responsabilidad (culpa o actividad del demandado), es la causa y que el daño sufrido por la víctima es el efecto. Se tendrá así el vínculo de causa a efecto o relación de causalidad.

VI. Los Perjuicios.

Los perjuicios se han entendido como las secuelas derivadas de un daño causado a la víctima. Éstos han tenido una evolución que brevemente describiremos a continuación hasta llegar al concepto actual.

En la época victoriana el perjuicio fue visto en la jurisprudencia francesa como la violación de un derecho o de una situación jurídicamente protegida o legítima en cabeza de una persona¹⁸. Con el paso del tiempo, esta concepción del carácter personal del daño fue cambiando hasta transformarse actualmente en lo que el Consejo de Estado francés determinó como perjuicio personal, el cual consiste en todo perjuicio que afecte de forma directa a quien lo exige, sin importar que su origen esté en la muerte o invalidez de un tercero o si existe un nexo de parentesco con la víctima.

Los perjuicios para ser indemnizables deben tener como características el ser personales, directos y ciertos.¹⁹ En cuanto a la característica personal de los perjuicios, esta se identifica con la legitimidad jurídica de la persona natural o jurídica que desea se le indemnice y esta petición podrá ser para sí o para otro.

Otra característica de los perjuicios es que sean ciertos, lo cual se refiere a la existencia de estos, la cual deberá ser demostrada con la certeza de su ocurrencia donde *“aparezca[n] como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”*²⁰, lo cual no se opone a que los perjuicios sean futuros puesto que éstos serán indemnizables si se demuestra oportunamente que ocurrirán.

¹⁸ Cfr. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 89.

¹⁹ *Ibíd.* HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 87.

²⁰ *Ibíd.* HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 131.

La tercera y última característica se refiere a la relación causal directa del perjuicio con el daño; simplemente se refiere a lo próximo que en la relación de hechos se encuentra el hecho generador del daño y el perjuicio a indemnizar.

Así pasaremos a los niveles de certeza del perjuicio, donde se divide el perjuicio en perjuicio consolidado y no consolidado.

1.1. Perjuicio Consolidado.

Dentro de éste tipo de perjuicios se encuentran los que ya se han cristalizado o exteriorizado, los que ya están en el pasado y son *“una realidad aprensible para el Juez, quien no puede adoptar un comportamiento diferente: la realidad muestra la existencia de un perjuicio que es incuestionable”*²¹, como son los gastos realizados por la víctima, ya sean médicos, funerarios o relacionados con la incapacidad sufrida y por otra parte la pérdida o deterioro de bienes materiales e inmateriales. De todo esto, se tiene que los perjuicios comprendidos dentro de esta clasificación son el daño emergente y el lucro cesante.

1.2. Perjuicio No Consolidado.

En éste tipo de perjuicio el juez puede “calificar la certeza del perjuicio a partir de una situación existente” o calificar “a partir de una situación que no es real en el momento de la calificación”²². En estas dos situaciones el juez deberá realizar una ficción, ya sea en la extensión del tiempo transcurrido en el primer caso y en la situación misma, así como su extensión de tiempo en el segundo caso.

1.2.1. Perjuicio No Consolidado a Partir de una Situación Existente.

En el caso concreto, se adquiere la certeza del perjuicio de una situación existente al momento de calificarlo el juez, así el juez toma una situación actual y la prolonga a futuro, con la certeza que los efectos del daño se prolongaran en éste. Pero en ningún momento la mera expectativa genera

²¹ *Ibidem*. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 135.

²² *Ibidem*. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 136.

el derecho a indemnización, puesto que *“no se puede asegurar que hay minoración patrimonial”* y no es el perjuicio *“cierto porque se tiene a lo menos la certeza de que la situación que expresa el daño existe”*²³. A la anterior prolongación a futuro se imponen límites para así evitar el *“ocio improductivo”*²⁴, por lo cual los anteriores efectos sólo se prolongaran hasta cuando sea normal en la costumbre.

Así mismo, se dice que *“El juez exige otros elementos para llegar a la conclusión y dar así mayor consistencia a la presunción que permite calificar como cierta la continuidad de una situación que, en términos de certeza absoluta jamás podría ser calificada como tal”*²⁵, lo que denota la necesidad del juez de buscar otros factores en los cuales apoyar sus proyecciones.

1.2.2. Perjuicio No Consolidado a Partir de una Situación Inexistente.

En éste caso, *“el juez analiza la existencia del perjuicio en relación con situaciones inexistentes al momento en que debe calificar la certeza”*²⁶, estas situaciones fictas se refieren a supuestos que, según la víctima, de no haber existido el daño se habrían dado.

Así la pérdida de oportunidad se tendrá que indemnizar en los casos en que se tenga certeza sobre la pérdida definitiva de la misma, esto a pesar de que exista un desconocimiento respecto de si la víctima habría o no podido lograr la ventaja esperada. Ejemplos de la anterior pérdida de oportunidad, son la pérdida de un ascenso o empleo, la pérdida de un contrato y la pérdida de la posibilidad de cura de una enfermedad.

De la pérdida de oportunidad en la cura de una enfermedad, se tiene como ejemplo el caso de Jorge Eduardo Polanco Rodríguez²⁷, donde el Consejo trato el tema de la pérdida de oportunidad dijo: *“CHABAS ha hecho una*

²³ Ibídem. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 139.

²⁴ Ibídem. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 146.

²⁵ Ibídem. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 150.

²⁶ Ibídem. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 152.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 27 de marzo de 1987, Exp. 13006, C.P. Dr. María Elena Giraldo Gómez, Actor: Jorge Eduardo Polanco Rodríguez Y Otros. Demandado: Caprecom y Nación (Ministerio De Comunicaciones).

reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas. (...) Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.”

En la búsqueda de la certeza del perjuicio el juez recurre en muchas ocasiones a las presunciones, como apoyo a las pruebas que en cada caso particular ofrecerán la certeza buscada. En esta búsqueda el juez debe también tasar los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales se describirán a continuación.

2. Tipología del Perjuicio.

Tradicionalmente en Colombia los perjuicios se han clasificado en patrimoniales (Daños materiales) y morales (Daños morales), siguiendo así la terminología de la doctrina francesa. Sin embargo esta clasificación poco a poco ha sido demeritada por considerarse que muchos de los perjuicios indemnizables no caben dentro de la clasificación²⁸. De hecho para el Dr. Juan Carlos Henao es imposible concebir un daño que se encuentre por fuera del patrimonio, porque si el patrimonio es el “conjunto de bienes y de obligaciones de una persona” y se considerase que toda lesión “no-

²⁸ Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Décima Edición, Santa fe de Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 167.

patrimonial” afecta así los llamados “*derechos subjetivos patrimoniales*”, necesariamente todo daño afectará el patrimonio. Lo que ocurre para el autor, es que los llamados daños extrapatrimoniales, no tienen una naturaleza económica medible, lo que no necesariamente implica que éstos no afecten el patrimonio de la parte afectada. De esta manera se ha llegado a confundir el concepto del daño como minoración del patrimonio, con el de la indemnización pecuniaria del daño, llegando así a la clasificación del derecho colombiano de perjuicios patrimoniales y no patrimoniales. Dentro de los primeros se ha incluido el lucro cesante y el daño emergente, mientras que dentro de los segundos se ha comprendido el daño moral o *pretium dolores*, y el llamado perjuicio fisiológico o daño en vida en relación.

Los Daños Materiales.

Esta clasificación parte básicamente del contenido de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil²⁹, que suscita la subclasificación de lucro cesante y daño emergente. Para el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, lo anterior se traduce en que hay un daño emergente “(...) cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario en el lucro cesante, hay un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.”³⁰ De esta manera la jurisprudencia colombiana entendió que éstos se constituyen en distintos tiempos, subclasificándolo en “*debido, vencido o consolidado*” y “*lucro cesante futuro*”, teniendo un tratamiento pecuniario sustancialmente diferente. El lucro cesante consolidado o vencido es la pérdida de utilidad o ganancia que una persona sufre en su patrimonio desde la fecha en la que se produjo efectivamente el daño hasta cuando la sentencia declara la obligación de indemnización.

²⁹ Código Civil de la República de Colombia, Art.1613: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. Exceptúanse los casos en los que la ley la limita expresamente al daño emergente. Art. 1614: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de haberse cumplido o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

³⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la Responsabilidad Civil*, Tomo II – “De los perjuicios y su indemnización”, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p. 117.

Mientras tanto el lucro cesante futuro es la liquidación del lucro cesante entre la fecha de la sentencia y la fecha en la que finalizará el deber de indemnizar.

Así mismo es necesario tener en cuenta la subdivisión de daño emergente y lucro cesante sobre las cosas y las personas teniendo en cuenta dónde afecta primariamente el daño. El daño emergente será en las personas cuando el daño afecta primariamente la integridad física y psíquica de la persona (por ejemplo la afectación física de una persona para seguir laborando en su profesión, o la pérdida que sufre una familia del miembro que generaba el ingreso económico), mientras que la segunda se encuadra cuando el daño se da en la persona sin llegar a causarle un daño corporal sino en los demás bienes dentro de su patrimonio (la pérdida de un bien con el cual producía su sustento).

2.1.1. Daño Emergente.

El daño emergente surge como la pérdida patrimonial sufrida por la víctima o actor. Es necesario tener en cuenta que la anterior distinción es importante hacerla en razón de que puede ser la víctima u otras personas relacionadas quienes sufran los perjuicios. Así mismo, a continuación entraremos a tratar los perjuicios cristalizados y no cristalizados dentro del daño emergente, los cuales se diferencian si se produjeron con anterioridad o posterioridad a la sentencia en el proceso.

2.1.2. Daño Emergente Cristalizado en la Lesión de una Persona.

Este daño se presenta cuando el bien lesionado es primariamente la persona humana en su aspecto físico, aspecto que se puede ver representado desde las distintas perspectivas de afectación del daño emergente.

En primer lugar se puede producir daño emergente cuando por consecuencia del daño se produce la muerte de una persona. Entonces se entenderá que el daño emergente se compondrá por todos los gastos y pérdidas económicas incurridas por ocasión de la muerte de la persona. De

esta manera saldrá a relucir la cobertura de los gastos funerarios usuales, tales como terrenos, ataúd, sala de velación, cremación, traslados, etc.; o en palabras de la Sección Tercera del Consejo de Estado, *"También se reconocerá la cantidad que como daño emergente tuvo la sentencia consultada, como que dicho gasto (gastos funerarios) está debidamente probado."*³¹.

Así mismo, en nada cierra la posibilidad de que la jurisprudencia considere como daño emergente los gastos incurridos por la familia antes de la muerte del paciente, o cuando simplemente se trata de unas simples lesiones personales, como por ejemplo, los viajes de la familia y el paciente para atenderlo, los medicamentos, etc. Por ejemplo, en el fallo de Diciembre 11 de 1992, el Dr. Julio César Uribe Acosta bien hizo en confirmar la decisión de condenar al pago de todos gastos médicos, quirúrgicos y de traslado cubiertos por las hermanas del accionante, observando que éstos fueron debidamente acreditados dentro de la demanda³²; regla que también se aplica a casos en los que no se sobrevive. De hecho en el caso que se cita se condenó al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia a cubrir en la calidad de daño emergente, las operaciones, medicamentos no cubiertos por la demandada y traslados probados por la familia del accionante, que no fue atendido a tiempo después de una intervención quirúrgica de colostomía defectuosamente suturada, y que tuvo que ser atendida a costa propia en una Institución Prestadora de Salud de carácter privado. Entonces se colige, que el daño emergente de esta clase no necesariamente lo sufre el paciente, por lo cual la jurisprudencia permite que se liquide a las personas que se hacen parte del proceso dentro de la demanda probando haber sufragado ciertos gastos como respuesta a la falla del servicio médico hospitalario, constituyéndose en un daño emergente en la lesión a personas distintas a la víctima.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 15 de septiembre de 1993, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido ver el fallo de la misma sección de octubre 2 de 1996, Exp. 9406.

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA, 11 de diciembre de 1992, Exp. 7416, C.P. Dr. Julio César Uribe Acosta, HENRY VILLEGAS GIRALDO, y OTROS vs. INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS – SECCIONAL ANTIOQUIA.

También existen eventos en los que el fallador también pasará a analizar no solamente la existencia de daño emergente, sino si dentro de la actividad de la entidad que produce el daño se puede incluir el daño emergente por las acciones efectuadas como respuesta inmediata al caso. Esta hipótesis se presenta en el caso de Lourdes Rubiela Girón, que sufrió quemaduras de segundo y tercer grado gracias al descuido de una enfermera (en el transcurso de unos baños de inmersión en agua caliente para el tratamiento de las hemorroides postparto). El demandado (Hospital Universitario de San José de Popayán) respondió inmediatamente a la falla de la prestación del servicio con el cubrimiento total de todos los tratamientos necesarios para la recuperación de la paciente, por lo cual el Consejo de Estado no encontró daño emergente alguno que no hubiera sido cubierto.

Así las cosas, se entiende que la liquidación de este daño emergente comprende todos los gastos realizados o por realizar con ocasión de las lesiones físicas sufridas por la falla del servicio médico, y que permitan el restablecimiento de la salud del afectado o su desenvolvimiento en el mundo externo hasta su recuperación total o por el resto de sus días. De esta manera se podrá solicitar el cubrimiento de un tratamiento sufragado o por sufragar, por lo tanto se puede correr con las erogaciones pasadas – como en el caso ya visto – o con las futuras. Las erogaciones pasadas corresponderán con las que se hayan llevado a cabo con anterioridad de la sentencia, mientras que las erogaciones futuras tendrán lugar después de la sentencia, ya sea porque no se han producido (ej.: operaciones sin realizar) o porque de seguro ocurrirán (ej.: gastos para la vida diaria del paciente incapacitado como enfermera, chofer, etc.).

En todo caso, la identificación y cuantificación de estos daños, aparte de ser probada por los accionantes, deberá ser objeto de prueba pericial, para que el monto incurrido sea actualizado de acuerdo con las pautas jurisprudenciales³³. No es determinante que el daño sea pasado, presente o futuro ya que el juez tiene el deber de reconocer de manera directa todos los egresos patrimoniales que se produzcan con ocasión del daño sufrido

³³ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 14 de agosto de 1997, Exp. 11.807, En: Op.cit. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extrcontractual de la Administración Pública*, p. 626.

por la víctima en el caso. Mal se haría, si tales desembolsos fueran definidos legal o jurisprudencialmente, porque cada caso es distinto, por lo cual el juez deberá analizar con cuidado los hechos y pruebas aportados por la víctima, los accionantes, los demandados y los peritos³⁴.

2.1.3. Lucro Cesante.

Ahora bien, el daño emergente no es el único daño patrimonial que se puede producir ante la existencia de una falla en la prestación del servicio médico. Es posible que los dañosos dejen de percibir ingresos a partir de la ocurrencia de la lesión, lo cual se considera como lucro cesante, aparte tratado a seguir teniendo en cuenta si se produce en afectación de las cosas o de las personas.

Cuando una persona fallece, sus beneficiarios tendrán derecho a recibir indemnización por el dinero que dejará de aportarles el muerto. Para lograrla no hace falta únicamente probar que la persona fallecida era una persona económicamente productiva sino que sus beneficiarios dependían económicamente de sus ingresos³⁵. Aun así, la posición jurisprudencial vigente, y que se cree que continuará de la misma manera, es que la dependencia económica se presumirá en quienes se encuentran legalmente legitimados en la obligación alimentaria.

Se deberá entender que cuando el lesionado no fallece (salvo casos en los que la persona es inhábil por edad u otra condición, o adquiere tal

³⁴ Op.Cit. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 204. Inclusive se ha llegado a cancelar pasajes aéreos en primera clase para que el paciente vaya a recibir tratamientos especiales en el exterior en compañía de su respectiva acompañante; Ver Sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 28 de julio de 1995, Exp. 10165, C.P. Daniel Suárez Hernández, Actor Samuel Jerez Rey.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 4 de julio de 1997, Exp. No. 110182, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, María Luisa Valenzuela. Al respecto de la dependencia económica se dijo que: *"Sin embargo la decisión recurrida se mantendrá porque la parte actora no demostró la causación real del perjuicio material que se dice sufrieron la esposa y los hijos del Dr. Valencia García, aspecto sobre el cual no existe ninguna prueba ni referencia siquiera indirecta de parte de los numerosos testigos que declararon en éste proceso. La dependencia económica, entendida como el vínculo existente entre quien provee a la subsistencia de la otra persona y ésta, es un hecho que debe acreditarse por cualquiera de los medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto ineludible para que se pueda predicar el daño cuya reparación se demanda"*.

condición), normalmente recibirá la indemnización a título propio, de acuerdo a la capacidad laboral perdida. La regla general es que se indemnice aplicando un criterio compensatorio a lo dejado de devengar, todo visto dentro de la perspectiva de la pérdida física, es decir de acuerdo a peritajes que determinan la pérdida de capacidad laboral³⁶ de acuerdo a la pérdida del órgano o su funcionalidad. Este criterio para el Dr. Henao no es correcto porque la víctima del daño puede sufrir una merma superior a la que es dictaminada, por lo cual sería mejor aplicar un criterio más equitativo y fijarse a la ocupación desempeñada por el dañado³⁷. Tal podría ser el caso de la señora Marleny Mahecha v. de García, quien sufrió una pérdida mínima de su capacidad laboral de acuerdo al dictamen del médico legista, por haber sufrido parálisis de media cara como consecuencia de la extirpación de un tumor en el mismo sitio, sin embargo el médico no tomó en cuenta que su profesión como profesora de primaria se vio seriamente afectada hasta el punto que difícilmente la pudo desarrollar. En aquel caso el Consejero Ponente asumió la labor de perito de peritos para reconocer esta merma, aunque finalmente haya desestimado todas las pretensiones de la demanda, gracias a que el daño se produjo por un alea quirúrgico incluido dentro del riesgo informado a la accionante antes de la acción³⁸.

En cuanto al lucro cesante del fallecido y del lesionado, se concluye que es necesario determinar con certeza su ingreso para poder llevar a cabo el cálculo de su pérdida, y también, poder determinar el grupo a indemnizar (si es el perjudicado recibirá el 100% de su ingreso, mientras que si es el grupo familiar deberá restarse el 25% por concepto de gastos personales del fallecido).

2.2. Perjuicios Inmateriales.

³⁶ Por ejemplo, un médico laboral inscrito dentro del listado de elegibles para peritajes, o los entes facultados por el Decreto 2463 de 2001, que es reglamentario de la Calificación de la Invalidez, pérdida de capacidad laboral y origen de la muerte o la enfermedad, y faculta entre otros a los Comités Interdisciplinarios de las Empresas Prestadoras de Salud, las Administradoras de Riesgos Profesionales, y las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez.

³⁷ Cfr. Op.Cit. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 216.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 5 de junio 1992, Exp. 6817, C.P. *Daniel Suárez Hernández, María Marleny Mahecha v. de García vs. Caja de Previsión Social de Bogotá e Instituto Nacional de Cancerología.*

Esta clase de perjuicios recibe su nombre de aquellos que afectan elementos o intereses de difícil estimación pecuniaria, porque su esencia se encuentra por encima de la esfera económica. Por lo tanto su reparación no podrá ser efectuada integralmente, sino que se debe conformar con una compensación sustitutiva pero no equivalente a la indemnización completa. Podría decirse que no indemniza pero hace la vida más llevadera.

2.2.1. El *Pretium Doloris* (precio del dolor o daño moral).

El *pretium dolores* o precio del dolor puede ser comprendido en dos especies diferentes. Por una parte se puede entender como una consecuencia de la lesión de una persona en su integridad física, que trasciende hacia lo moral ya sea en sensaciones de malestar u otra manifestación psíquica, tal y como el insomnio, la preocupación o el estrés. Por otro lado, puede entenderse como el puro daño moral que experimenta la persona víctima de la lesión, o sus familiares o allegados, caso en el cual se transforma en el denominado *pretium affectionis*.

Tradicionalmente el perjuicio moral se reconoce con facilidad por la muerte de las personas. Es así como se ha reconocido fundamentalmente indemnización para los siguientes grupos:

- Padres; ya sean estos naturales o adoptivos.³⁹
- Hijos menores y póstumos; éste reconocimiento no tiene discusión alguna, gracias al fuerte vínculo moral que nace entre el hijo y el padre o el abuelo, ya sea genético, adoptivo o de crianza.⁴⁰

Con respecto al perjuicio material sufrido por el hijo menor, la tendencia general de la jurisprudencia fue llegar a negárselo entre más tierna fuere su edad, ya que al ser incapaz de comprender el significado de la pérdida de un ser querido, no podría sentir el mismo dolor que una persona mayor. En el fallo de noviembre 16 de 1989 del Consejo de Estado, esta situación cambió y se ha dado como regla general desde ese entonces que la

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 14 de diciembre de 1987, Exp. 4804 C.P.: Dr. Antonio Irisarri Restrepo.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 21 de febrero de 1997. Exp. 10083 C.P.: Dr. Carlos Betancourt Jaramillo.

liquidación del *pretium doloris* del hijo menor de edad se permite pero en una menor cuantía⁴¹.

2.2.2. El Perjuicio Estético.

Se entiende como daño inmaterial sufrido por el afectado gracias al deterioro morfológico traducido dentro de la psiquis de la persona. Este perjuicio tuvo nacimiento en Europa a mediados de los setentas como una recomendación del Principio 75-7 del Consejo de Europa, viéndose representado en jurisprudencia del Tribunal Supremo español en los siguientes términos: *"(...)La belleza en abstracto constituye un valor cultural básico. Y que en lo que al hombre respecta, su morfología puede tener consecuencias graves en el aspecto económico, social individual, psicológico e incluso, psiquiátrico de la persona, se trate de una mujer o un varón (...) toda persona tiene derecho a mantener su belleza o a que no se acentúe su fealdad (...) la deformidad debe ser permanente, considerando tal la insubsanable por el transcurso del tiempo, sin que las eventuales mejoras obtenibles mediante ulteriores intervenciones reparadoras pueda hacer perder a la deformidad este carácter de permanencia. Ha de ser también física, es decir somática, con independencia de que pueda así mismo tener trascendencia sobre el psiquismo. (...) La noción de deformidad se extiende hoy a la generalidad del cuerpo, tanto porque se expone ahora con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena, como porque en la actualidad se conoce mejor que antes cuanto puede dejar afectada la vida afectiva o de relación por taras situadas en zonas del cuerpo ordinariamente tapadas"*⁴².

Vale la pena atender que dentro de las ocasiones en las que ha sido reconocido esta clase de perjuicio inmaterial, se ha entendido que el perjuicio estético no es el equivalente a un perjuicio funcional, sino la repentina sensación de pérdida, zozobra o fealdad que sufre esa persona

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, 16 de noviembre de 1989. Exp. 5806 C.P. en Op. Cit. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, Pág. 642.

⁴² TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA SEGUNDA, 15 de noviembre de 1990; en: Op. Cit. Saavedra Becerra, p. 645.

con la lesión o secuela irreparable en su ser⁴³. Podrá verse también que este perjuicio obtiene especial trascendencia cuando la persona que lo sufre vive de la pulcritud de su imagen, entonces la pérdida es realmente catastrófica afectando en gran medida la imagen, el patrimonio, y la psiquis, lo que se puede sintetizar en el siguiente aparte del Consejo de Estado en sentencia de mayo 25 de 2000: *“El denominado “pretium pulchritudinis”, o precio de la belleza viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infringido a la armonía física de la víctima. Entonces la pérdida de la integridad corporal da lugar a la reparación de los daños materiales que haya podido causar. Así mismo el perjuicio estético stricto sensu, como una cicatriz en el rostro es suficiente para dar lugar al nacimiento de una acción en reparación, pero dicho perjuicio es puramente moral, aunque puede tener repercusiones patrimoniales si la víctima fuere rechazada en su trabajo o no pudiere ejercer una actividad profesional en razón de dicho defecto.”*⁴⁴.

2.2.3. Perjuicio Fisiológico y el Daño a la Vida en Relación.

El tratadista Renato Scognamiglio, frente a la naturaleza y autonomía de este perjuicio, razona así: *“El daño asignado a la vida en relación constituye un daño resarcible, o está destinado a permanecer sin significado. Quien no esté dispuesto a aceptar este último término deberá cuando menos reconocer la insuficiencia de los principios actualmente dominantes en la determinación del daño indemnizable. Opinión que, por último, comienza a ser manifestada por la doctrina, que recomienda en todos los casos la consideración del daño a la persona y afirma directamente la necesidad de una renovación del derecho vigente”*.⁴⁵.

Ahora bien, en Colombia, podría decirse que el fundamento de la indemnización del daño inmaterial tiene su origen en un pequeño

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 25 de septiembre de 1997, Exp. 10421, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Edelmira Cano.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 25 de mayo de 2000, Exp. 12550, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁴⁵ HINESTROSA, Fernando (traductor y comentarista), *El Daño Moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1962. Pgs. 24 y 25.

acercamiento de la Corte Suprema en el año de 1921, donde consideró la obvia necesidad del perjudicado a ser indemnizado por la persona que causó el daño⁴⁶. Posteriormente, en abril 4 de 1968 se expide fallo que reconoció "(...) *reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y (al) daño moral propiamente dicho*"⁴⁷.

En el fallo del 6 de Mayo de 1993 el Consejo de Estado reconoce la indemnización por el llamado perjuicio fisiológico, o a la vida de relación a una persona que quedó postrada en una silla de ruedas gracias a la pérdida de sus dos extremidades inferiores, ya que la vida de la víctima: "(...) *seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en que se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir disfrutando de los placeres de la vida. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y fisiológico son diferentes (...) repetimos: La indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el daño físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico, repara la supresión de las actividades vitales.*" En efecto, la citada jurisprudencia también afirmó en forma genérica que "(...) *procede a dar el paso jurisprudencial en virtud del cual hay lugar, en casos como el en casos como el presente, al reconocimiento y pago del PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN. Éste debe distinguirse, en forma clara, del DAÑO MATERIAL, en su modalidad de DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, y también de los perjuicios morales subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte "(...) no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente*"(Javier Tamayo Jaramillo. *De la Responsabilidad Civil, Tomo II, Pág. 139*), el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar (...) otras

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, 21 de julio de 1922, Gaceta Judicial No. 1515 de 1922.

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, 4 de abril de 1968, M.P. Dr. Fernando Hinestrosa, Gaceta Judicial CXXIV.

actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia(...)"⁴⁸.

Así las cosas, surge ésta paridad desde la clásica división del perjuicio como un medio para indemnizar no la pérdida física sino el grado de goce físico-psicológico que se le despoja a la víctima a raíz del hecho dañoso. A propósito se trae a colación la aclaración de voto de Dr. Hoyos Duque, en providencia del Dr. Carrillo Ballesteros describió la confusión de términos en Colombia a la manera que se cita:

"(...) la indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en un sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la "privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada y los problemas psicológicos que afectan las condiciones del trabajo de existencia de la vida". El perjuicio fisiológico de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer. Sea de ello de lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.)(...) Con la tesis de la Sala cualquier pérdida anatómica de un órgano, por ejemplo un riñón, comporta la existencia de un perjuicio fisiológico entendida esa expresión en su alcance literal. Si por el contrario, se considera que el llamado perjuicio fisiológico en su aceptación técnico jurídica es disminución o pérdida del placer de la vida, debe concluirse que no toda lesión o daño corporal implica su existencia y consiguiente indemnización."

Posteriormente, el mismo Dr. Ricardo Hoyos Duque delineó mejor su argumento en la sentencia de septiembre 25 de 1997, donde acoge su

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 6 de mayo de 1993, Exp. 7.428, C.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, Actor: Jhon Jairo Meneses.

anterior aclaración de voto diciendo que: *“el perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schemerzgeld) o precio del dolor, especie también extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613)”*⁴⁹. Hablamos de un perjuicio en el que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado, como intentando pesar el alma en una balanza con una bolsa de oro puro al otro extremo, se trata de *“(...) compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de las cuales ocupa lugar principal, la mengua de la posibilidades de realizar ciertas actividades, que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”*⁵⁰.

Posteriormente se determinó que el ahora llamado daño a la vida de relación, quedó consagrado en la jurisprudencia como la disminución funcional o pérdida de los órganos de una persona, no permitiéndole disfrutar de la vida de la misma manera en la que se desempeñaba anteriormente en labores cotidianas, que disfrutaba o en las que se destacara socialmente⁵¹. Así mismo se logró determinar en sentencia de julio 19 de 2000 del Consejo de Estado, que el perjuicio en cuestión también es de indemnización a personas distintas de la víctima, como podría ser las personas que por su parentesco o gran afinidad, sufren un perjuicio fisiológico por la pérdida física, perdiendo la oportunidad de seguir gozando de la compañía y protección de esa persona, acceso a ciertos círculos sociales, etc. En estos casos no se estaría hablando de un perjuicio indirecto, y por ello nacería la potestad de indemnización⁵².

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 25 de septiembre de 1997, Exp.10421, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 2 de octubre de 1997, Exp. 11652, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. ver sentencias de marzo 2 de 2000, Exp. 11250, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque; abril 13 de 2000, Exp. 13.342, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁵² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 18 de octubre de 2000, en: Op. Cit, SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, pp. 655-656.

Por lo anterior se llega entonces a un daño que pretende indemnizar un daño irreparable, reconociendo que no puede reparar pero si compensar tratando de reivindicarle esperanzas e igualdad de oportunidades con el Común. Es así como para indemnizar se llega a ver que en las sentencia operan criterios objetivos como porcentaje de invalidez, grado de afectación a la profesión, y hasta subjetivos como el grado o gusto que se le sacó a una actividad arrebatada por la lesión. Eso sí, lo que se ha anticipado en toda la jurisprudencia, es que no se indemnizará el dolor sino la pérdida de facultad de hacer cosas y de vivir como cualquier persona⁵³.

La condición particular del afectado, el criterio del juez, e inclusive “el grado de afectación emotiva” del Consejo pueden llegar a variar la indemnización por este rubro por encima de cualquier otro, por lo que no nos atrevemos a dar topes, y de hecho nos aventuramos a decir que entre mejor se fundamente la pérdida por daño fisiológico o a la vida en relación, mejores oportunidades se tendrán de recibir una indemnización alta. Lo que no debe olvidarse nunca es que no debe manejarse como la pérdida fisiológica de un órgano o la esfera moral del daño, sino en la forma que se varía la vida a raíz de ese daño, lo que se pierde, lo que se puede dejar de hacer a raíz del daño y como *todo esto* afecta a la víctima; todo lo cual lleva a que se considere como una denominación correcta – desde la perspectiva jurisprudencial colombiana – como *daño fisiológico* o *a la vida en relación*, como el proceso, y no el comienzo o el final.

VII. Error diagnóstico

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de dos mil (2000)

Radicación número: 11878

Actor: JOSUÉ REINALDO DURÁN SERRANO Y OTROS.

⁵³ Al respecto es útil ver cómo se taza cada uno de los casos en las sentencias de la SECCIÓN TERCERA; 5 de marzo de 1998 (exp. 11041) o el exp. 11247.

Demandados: HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ
VALENCIA Y
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER - UIS.

(...) Al respecto es pertinente citar algunas afirmaciones hechas por un reconocido doctrinante de la medicina:

“El cuadro clínico generalmente denominado *abdomen agudo* plantea muchos problemas. El dolor abdominal agudo requiere rápida investigación y muchas veces crea dificultades diagnósticas al médico. En la mayor parte de pacientes puede lograrse un buen diagnóstico mediante la historia clínica y el examen físico completado con unas pocas pruebas de laboratorio.

El objetivo del médico ante un paciente abdominal agudo es alcanzar un diagnóstico temprano y preciso de manera que pueda establecer rápidamente el tratamiento. A veces unos minutos pueden tener valor crítico...

(...)

Puede lograrse el diagnóstico en la mayor parte de pacientes con problemas abdominales agudos después de tomar la historia clínica, proceder al examen físico y efectuar recuento de sangre y análisis de orina...”⁵⁴ (Se subraya).

Por otra parte, el doctor Ricardo Ferrada manifiesta:

“...todo médico, especialista o no, debe estar en capacidad de diagnosticar un abdomen agudo. En su defecto, debe ser capaz de definir si el paciente requiere tratamiento quirúrgico o no, aun cuando no pueda determinar el tipo de lesión o el órgano comprometido”,⁵⁵

(...)

⁵⁴ BEAL, John M. Abdomen Agudo. En Sabiston, David C. Tratado de Patología Quirúrgica de Davis - Christopher, Tomo 1, Nueva editorial interamericana, SA de CV, 10ª edic., México, 1977, pp. 747, 751.

⁵⁵ FERRADA D., Ricardo. Urgencia Quirúrgica. Editores Echavarría, Ferrada y Kestenberg. Reimpresión corregida de la segunda edición, marzo de 1993, p. 49.

La apendicitis constituye un tipo específico de enfermedad abdominal aguda⁵⁶ que, como lo advierte el doctor John M. Beal, en el texto transcrito, debe ser diagnosticada rápidamente, ya que sus complicaciones pueden poner en grave riesgo la vida del paciente. En el mismo sentido, el doctor Ricardo Ferrada expresa que “El diagnóstico diferencial en apendicitis aguda reviste gran importancia para cualquier médico, por tratarse de una entidad frecuente y porque el error implica complicaciones con morbilidad y mortalidad altas”.⁵⁷

El doctor Robert Condon, por su parte, advierte:

“La apendicitis aguda siempre deberá sospecharse en los pacientes que se quejan de dolor abdominal o que manifiestan síntomas mínimos que sugieren irritación peritoneal... La única forma de disminuir la morbilidad y prevenir la mortalidad es ejecutar apendicectomía antes de que hayan ocurrido perforación o gangrena”.⁵⁸

Una sospecha de apendicitis, entonces, debe conducir a un seguimiento inmediato y permanente del paciente, con base en nuevos exámenes físicos y la práctica de exámenes de laboratorio.

(...)

En relación con la responsabilidad civil por error en el diagnóstico, el abogado argentino Roberto Vázquez Ferreyra expresa:

“Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho.

De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.

⁵⁶ Ver BEAL, John M., op. cit., pp. 756 a 762.

⁵⁷ FERRADA D., Ricardo. Op. cit., p. 63.

⁵⁸ CONDON, Robert E. Apendicitis. En Sabinston, David C. op. cit., p. 877.

Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento.

(...)

El diagnóstico, por su parte, puede descomponerse en dos tipos de actuaciones, distinción que tiene vital importancia al momento de analizar la culpa del profesional.

En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos..., corresponde el análisis de los mismos y su interpretación...; se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio...".⁵⁹ (Se subraya).

En realidad, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica *ex post*, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por esta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el

⁵⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, 1993, pp. 78, 79.

profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar.⁶⁰

Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente.

(...)

Varios errores de consideración se advierten en la conducta de la doctora Arciniegas. En primer lugar, no parece haber consultado la historia clínica, ya que no realiza ninguna conducta dirigida a despejar la impresión diagnóstica de apendicitis hecha por el doctor Santos 4 días antes. Por el contrario, formula analgésicos, lo que contribuyó al enmascaramiento de los síntomas⁶¹, y no realiza examen físico completo. Esto resulta sorprendente, si se tiene en cuenta que, en el 80% de los casos, el apéndice se perfora antes de las 36 horas de iniciados los síntomas⁶², lo que exige gran rapidez y acuciosidad en la práctica de los procedimientos necesarios para esclarecer el diagnóstico.

En relación con los cuadros de "abdomen agudo dudoso", como lo era el del joven Durán Gómez -teniendo en cuenta que la impresión diagnóstica hecha por el doctor Santos no había sido despejada-, manifiesta el doctor Ferrada: "En este grupo se incluyen todos los pacientes que consultan por dolor abdominal y existe sospecha de irritación peritoneal"⁶³, y agrega:

"El tiempo de observación es de seis a doce horas, aunque por lo general es suficiente con 4 horas o menos. Durante ese tiempo se debe realizar los estudios complementarios que permitan definir el diagnóstico y la conducta definitiva".⁶⁴

⁶⁰ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p.p. 307, 308. Citado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit., p. 94.

⁶¹ Ver FERRADA D., Ricardo. Op. cit., pp. 55, 63.

⁶² Ibid. p. 63.

⁶³ Op. cit., p. 166.

⁶⁴ Op. cit., p. 168.

No puede valorarse como un error de conducta por parte de Javier Durán el hecho de que no hubiera acudido al hospital u otro centro de atención en el que pudieran tratarlo debidamente, ya que, lejos de advertírsele sobre su situación -que no había sido esclarecida-, se le formuló buscapina y plazil enzimático, para responder a una posible hepatitis viral, que constituía sólo una impresión diagnóstica, y se le prescribió una incapacidad de 8 días.

(...)

Así las cosas, la Sala encuentra acreditada la responsabilidad de la Universidad Industrial de Santander en el presente caso. En efecto, está demostrado que esta institución no utilizó debidamente todos los medios que estaban a su alcance para esclarecer el diagnóstico de Javier Durán Gómez, lo que, a su vez, impidió realizar oportunamente el tratamiento indicado, hecho que ocasionó la muerte del joven estudiante.

A lo anterior debe agregarse que la mortalidad promedio, en casos de apendicitis diagnosticadas en forma temprana, es inferior al 0,5% en hospitales universitarios de nuestro país⁶⁵ Como dato comparativo, por lo demás, se anota que, en Estados Unidos, la mortalidad era de 0,2 por 100.000 en 1986.⁶⁶

Vale la pena anotar aquí, adicionalmente, lo expresado por el doctor Robert Condon, en la obra anteriormente referida:

"...Nunca se insistirá demasiado en el papel que el retraso en diagnóstico y tratamiento desempeña en la mortalidad y la morbilidad grave. El retraso en la ejecución de la apendicectomía se debe a menudo a incertidumbre en el diagnóstico... La observación hasta que aparezcan síntomas definidos es peligrosa, y no se aconseja. Es más seguro explorar para descubrir la causa de síntomas mínimos, incluso en los pacientes con mal pronóstico, que esperar".⁶⁷ (Se subraya).

⁶⁵ Ver FERRADA D. Ricardo. Op. cit., p. 65.

⁶⁶ Ver SCHWARTZ, Seymour I. Apéndice. En SCHWARTZ y otros. Principios de Cirugía. McGraw-Hill Interamericana editores, 6ª de, México, 1994. P. 1355.

⁶⁷ Op. cit., p. 880.

Finamente, si bien está probado que Javier Durán acudió al servicio médico de la Universidad Industrial de Santander dos días después del inicio del dolor, es claro, de acuerdo con lo expresado por los peritos en el informe citado, que en el momento en que fue evaluado por primera vez en la universidad, pudo haberse hecho un diagnóstico acertado y, por lo tanto, ordenarse oportunamente el tratamiento quirúrgico.

CONCLUSION

Este trabajo lo hemos realizado con el fin de saber sobre las normas penales, civiles y disciplinarias, con lo que tiene que ver en la responsabilidad penal, civil o por ambas; pudiendo serla segunda contractual o extracontractual con la negligencia medica.