

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PERITO MEDICO.

CLAUDIA PATRICIA ROJAS.

JUAN PABLO HERNANDEZ.

Monografía como trabajo de grado para optar el título de Valorador del Daño Corporal.

ASESOR

LEÓN MARIO TORO CORTÉS

Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD CES

FACULTAD DE SALUD PUBLICA

MEDELLIN

2017.

CONTENIDO

	Pag.
1. Resumen /palabras claves	3
2. Introducción	4
3. Desarrollo	5
3.1 Capítulo I Generalidades de la responsabilidad civil	5
3.2 Capítulo II El médico como perito y el dictamen pericial en Colombia	10
3.3Capítulo III Responsabilidad Civil del perito médico	14
4. Discusión	18
5. Conclusiones	20
6. Bibliografía	21

1. RESUMEN

El acto pericial en Colombia es un deber de todos los médicos, este rol profesional que se lleva a cabo en el ambiente jurídico gracias a la normatividad vigente, cobra relieve dentro de los procesos de responsabilidad por la prestación de los servicios de salud.

La presente monografía define el concepto de responsabilidad civil y las funciones del perito, analizando los conceptos básicos, la jurisprudencia vinculante, teniendo en cuenta sentencias y citando normatividad vigente aplicada al acto pericial en Colombia.

El principal punto de la discusión relata cómo la responsabilidad civil pericial se establece de manera clara a nivel contractual, cimentando la fuente de la responsabilidad bajo la pérdida de la oportunidad para quien pretende valerse de la prueba y quien bajo el incumplimiento contractual genera daños que se deben reparar, igualmente se describe cómo desde el acto pericial médico se puede llegar a cometer hechos ilícitos que constituyen un delito y son penalizados por las normas vigentes colombianas.

De tal forma, la reducción del riesgo en responsabilidad civil del perito médico se enmarca bajo el Código General del Proceso, además de un manejo profesional, ético y moral.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil del perito, la prueba pericial médica, Valoración del Daño Corporal, el dictamen y el perito médico.

2. INTRODUCCION.

En Colombia, en el ámbito legal, rige la Ley 1564 /2012 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso (CGP), en cuyo artículo 165 determina los medios de prueba para un proceso jurídico, los cuales corresponden a la declaración de parte, la confesión, el juramento y el **dictamen pericial**, entre otros. La prueba pericial declarada en el artículo 226 del CGP, es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnico o artísticos. Es importante indicar que toda prueba pericial se rendirá por un solo perito. (1)

El médico enmarcado en la Ley 23 1981 está en la obligación de actuar como perito auxiliar de la justicia, bajo su conocimiento y formación académica en una ciencia. Es posible suponer que los profesionales de la salud, en este caso los médicos desconocen sobre la responsabilidad jurídica que conlleva la actividad pericial en Colombia, en especial la responsabilidad civil, sin embargo, tal como lo plantea la sentencia C 651/ 97 la ignorancia de la Ley no sirve de excusa. (2) (3)

A continuación, se presenta el resultado de investigación, bajo el marco de monografía tipo compilación, la cual se sustenta en torno al tema de la responsabilidad civil que tienen los médicos en el acto pericial. La importancia de realizar este trabajo de investigación es generar una compilación bibliográfica, que sirva al médico para informar sobre las obligaciones jurídicas de NO realizar un adecuado acto pericial, de realizarlo imperfectamente o de manera tardía, y de tal forma definir los conceptos de responsabilidad civil, con el fin de aplicarlos al ejercicio pericial médico.

La monografía está organizada en 3 capítulos: en el primer capítulo titulado responsabilidad civil se hace una aproximación al tema; en el segundo capítulo: el médico como perito y el dictamen pericial, se analiza la función pericial, los requerimientos y obligaciones del dictamen, para concluir con el último capítulo: responsabilidad civil del perito médico donde se plantean los actos que conllevan a que se manifieste la responsabilidad civil del acto pericial.

3. DESARROLLO.

3.1 Capítulo I: Generalidades de la Responsabilidad Civil.

La responsabilidad es un concepto definido por la real lengua española como *«Deuda, la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal»* (4). La responsabilidad es definida por Kelsen (5) en su publicación *Teoría Pura del Derecho* como: *«la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que el mismo hubiera cometido o que un tercero cometiera»* así pues se plantea bajo el concepto de responsabilidad una sanción y un individuo en la quien recae la pena. Un ejemplo claro del concepto de la responsabilidad es planteado por el jurista H.L.A Hart (6):

«Como capitán de un barco X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y su carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba» el capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable por la pérdida de las vidas y los bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños»

La responsabilidad es aplicable a diferentes campos de la vida cotidiana, por lo tanto, se puede hablar de responsabilidad en diferentes ámbitos, tal como lo plantea Guzmán Mora (7) *«la responsabilidad puede ser catalogada como personal, cuando solo se responde frente a la propia conciencia. Responsabilidad profesional, cuando se debe dar cuenta a organismos especializados encargados de vigilar normas de desempeño en una ciencia o un arte, y la responsabilidad Jurídica que obliga a responder ante la sociedad, en cabeza de los jueces por la trasgresión a la ley.»*

En el presente documento, se hará referencia a la responsabilidad jurídica, siendo esta la que nos atañe para el desarrollo del tema. Por lo tanto, la responsabilidad jurídica es definida por Vélez Vélez (8) como *«el estado jurídico intermedio en que se encuentra una persona entre la trasgresión de una norma mandatoria o prohibitiva y la imposición fenoménica de la sanción por dicha trasgresión»*

La responsabilidad jurídica es la imputabilidad de un hecho jurídico, causada por la culpabilidad (dolosa o no) de la persona o por el simple acaecimiento del hecho desligado de la culpabilidad; que supone el nacimiento de obligaciones para el imputado, y el nacimiento de los derechos para el sujeto que se encuentra en posición de reclamarlas. (9)

Se reconocen varios tipos de responsabilidad jurídica entre los que cabe mencionar: la responsabilidad penal, la responsabilidad administrativa, y la responsabilidad civil, además de la responsabilidad ética y disciplinaria y responsabilidad laboral.

La responsabilidad civil es definida como la obligación que surge de un comportamiento incorrecto desde el punto de vista de la ley, es de carácter económico y supone la obligación de indemnizar económicamente al perjudicado. (10)

La aplicación de estos conceptos está enmarcada frente a la normatividad colombiana, cuya expresión se encuentra en el Código Civil colombiano, pues es el que comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles. Su artículo 2341 señala: *“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”*. (11)

En cuanto a responsabilidad civil se trata, es importante hacer mención a la teoría dualista que se plantea en la jurisprudencia colombiana, en ella se definen dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad civil contractual y la extracontractual; las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente, se originan en causas diferentes y sus efectos de reparación no son coincidentes.

Para ello se tomará las consideraciones de naturaleza jurídica expuestos en la sentencia C1008/2010 (12), en donde se extrae:

“La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y

únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un hecho jurídico, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil.+(12)

Para Alberto Tamayo (13), la doctrina realiza la división de la responsabilidad civil en dos ramas: extracontractual y la contractual. La responsabilidad contractual resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. Se debe partir de un contrato válido celebrado entre las partes, y el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en el contrato. Siendo un claro ejemplo un médico que sea contratado por una persona natural para efectuar un dictamen pericial, recibe pago de sus honorarios, pero el resultado de su dictamen fue entregado de forma defectuosa y tardía, afectando negativamente a quien pretendía valerse de dicha prueba.

Por otra parte, la responsabilidad extracontractual se da en ausencia de un contrato. Resulta de un hecho cualquiera en la que 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. (13)

La responsabilidad civil también se puede ser de tipo objetivo y subjetivo, en cuanto a la responsabilidad objetiva, denominada teoría del riesgo se apoya en que la base de la responsabilidad se encuentra en el hecho que originó el daño, independientemente si existió o no una motivación por parte del autor para realizarlo. El fin principal de dicha teoría surge de la necesidad de indemnizar a las víctimas, las cuales sufrieron daños o perjuicios por un tercero, sin importar el actuar del autor y únicamente valorando el daño causado y la relación efectiva de causalidad entre el daño y la acción u omisión de quien lo generó. (14)

La responsabilidad subjetiva, su teoría surge de que la base de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta de quien realiza el daño, es decir que el acto debe provenir de una conducta dolosa o culposa por parte del autor. (14)

Para que se estructure la existencia de la responsabilidad civil subjetiva, se deben reconocer elementos esenciales para su configuración los cuales expresa Carolina Deik (15) en su orden así: el daño, la culpa y el nexo causal.

Para Deik, el daño según lo dispuesto por el artículo 1494 del Código Civil, hace alusión al hecho que ha injerido injuria o daño a otra persona. La culpa se define

como una conducta errada, del cual una persona prudente no habría incurrido bajo las mismas circunstancias, o como la falta de previsión del resultado dañino o previsible, o como la confianza imprudente en poder evitarlo (16), mientras que el nexo causal es el vínculo que une la conducta del agente causal y el daño propiamente dicho.

Un ejemplo desde el área de la medicina donde se puede ver la presencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil es: el médico general motivado solo por fines económicos quien, sin tener la preparación académica, interviene en una cirugía plástica a una mujer con fin estético, en la cual le produce por error de procedimiento una lesión irreversible a nivel renal.

Tal como lo describe Sergio Yepes Restrepo (17), el ejercicio de la medicina en Colombia está sujeto, como las demás actividades y conductas, a una serie de normas que aseguran su correcto desempeño y protegen los valores de la comunidad. El Estado, como ente regulador de las conductas, establece un conjunto de normas que deben ser cumplidas por sus destinatarios y los organismos encargados de sancionar a sus infractores.

El acto médico es considerado como una obligación de medios y no de resultado, en la mayoría de los casos. Para ello Paulo Rozo (18) indica que la obligación de medio es aquella en la que el deudor está obligado a cumplir una actividad prescindiendo de una finalidad, siendo esta una conducta o servicio. En la obligación de medios no se garantiza un resultado positivo de la actividad del deudor, el deudor cumple con la obligación si ejerce de manera debida la actividad que le corresponde, por ejemplo, la obligación que tienen los profesionales de la salud es cuidar a su paciente, pero no está en la obligación de curarlo. Mientras que las obligaciones de resultado se hace referencia al logro del resultado contratado, si el resultado no se obtiene, la obligación se considera incumplida, aunque el deudor se haya comportado diligentemente. (18)

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, habrá que probar su culpa, habrá que demostrar que fue negligente, que omitió emplear los medios que la técnica aconseja, o que incurrió en un error protuberante. La obligación de medios impone la aplicación de los principio tradicional y general de derecho de acuerdo con el cual la carga de la prueba corresponde al actor.

En cambio, la obligación de resultado implica variaciones fundamentales en la materia antes mencionada: hace que el demandado deba demostrar la existencia de una causa extraña que rompa el nexo de causalidad y como consecuencia invierte la carga de la prueba.

Si el deudor de la obligación de resultado no ejecuta la prestación prometida, ha incumplido. En tales condiciones será el deudor quien tendrá que justificar su incumplimiento, deberá probar que algún fenómeno no imputable a él le impidió cumplir con lo cual se invierte la carga de la prueba; ya no pesa sobre el actor, recae sobre el demandado. (13)

Según el Dr. Cesar Augusto Giraldo (19), los médicos tienen en la Ley 23 1981, un manual de normas de conducta, que deben cumplir en forma estricta, observando que dicho documento es una Ley de la república y por lo tanto tiene toda la capacidad para obligar y castigar lo que la norma indica. Por tal motivo se hace referencia al artículo 6 que determina (2) ~~el~~ médico es auxiliar de la justicia en los casos en que señala la Ley, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y solo la verdad+. En cumplimiento a esta ley, todos los médicos en Colombia están en el deber de obrar como peritos de la justicia, cuando así se disponga.

Como lo expresa el Dr. Calvo Laborda (20), el médico perito no es ajeno al principio general por el que todo hecho humano que produce daños a otros, obliga al resarcimiento, siempre que concurren los elementos necesarios requeridos para la apreciación de la responsabilidad. Es decir que sobre el galeno que juega un papel pericial también recae el riesgo de la responsabilidad civil.

3.2 Capítulo II El médico como perito y el dictamen pericial en Colombia.

Una vez establecido el concepto de responsabilidad y a su vez la responsabilidad civil, se hace indispensable discutir sobre el perito, teniendo en cuenta la jurisprudencia a la que se hizo referencia anteriormente, los galenos tienen en vigencia la Ley 23 de 1981, en la cual se expresa claramente bajo el artículo 6 que todos los médicos en Colombia deben cumplir un papel de auxiliar de la justicia en los casos en los que señala la ley. (2)

Es necesario que los médicos de todas las especialidades y sub especialidades conozcan el ámbito jurídico que los cubre, al ser sujeto demandable y como participante activo: perito experto auxiliar de la justicia. Deberá en el futuro ser tema del pensum de estudios, en donde se incluya formación en los diferentes códigos, penal, general del proceso y de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

El perito es definido por Luis Armando Cambas (21) como una persona experimentada hábil y entendida en una ciencia o un arte, este es un experto en determinada materia, que por su conocimiento ejerce un papel de consultor en la resolución de conflictos.

La pericia Médica es un tema discutido por Araya Juan Diego, (22) quien considera que:

Es la declaración de conocimiento de un tercero (no es parte, ni testigo) sobre hechos conocidos en una investigación o del proceso fundamentada en criterios de la ciencia médica, prestada ante el juez o los órganos investigadores, con la finalidad de asesorarles en las decisiones que les correspondan tomar en la investigación, la resolución del plenario, o en la ejecución.+

El dictamen pericial es un medio probatorio que busca verificar los hechos, basado en planteamientos científicos, por lo tanto, se considera una declaración de ciencia, sin sesgar sus análisis científicos para buscar efectos jurídicos en el proceso. (23)

El perito puede: aclarar, ilustrar, complementar, dar opiniones sobre su ciencia, pero no pronunciarse sobre aspectos netamente jurídicos; de hecho, sus opiniones son muy dependientes de las preguntas que hacen los abogados.

Al respecto, diversos autores han señalado reglas básicas que un perito siempre debe tener en cuenta en la comparecencia a juicio y que es posible resumir de la siguiente manera: Decir siempre la verdad, hablar fuerte y responder todas las preguntas verbalmente, ser cortés y profesional, aunque firme y seguro, contestar siempre las preguntas que le son hechas y evitar ser obstructivo, evitar términos técnicos, explicar las cosas tan simple como sea posible, utilizar ejemplos cuando sea factible, no ofrecer información que no sea directamente relevante a la pregunta planteada. Utilizar cuadros, gráficos o material audiovisual si es necesario, en especial si puede ayudar al tribunal a entender, si cree que ha sido mal interpretado, sentirse libre de aclarar o ampliar sobre algún punto, pero mantener su respuesta dirigida a la pregunta, no suponer si no sabe la respuesta, decir que no la sabe. Evitar frases como ~~%pienso+~~ y ~~%supongo+~~. No debe ayudar al abogado a elaborar la pregunta, pero si esta es incontestable o incorrecta, indicar el problema, si puede hacerlo, no permitir que pongan palabras en su boca; escuchar cuidadosamente lo que se le pregunta, mantenerse sereno, no ser polémico, pero defender sus afirmaciones si son puestas a prueba, no distraerse por los argumentos y objeciones entre abogados. Si hay una objeción antes o a la mitad de una respuesta, dejar de hablar y esperar que el juez se dirija a él para continuar. Estar seguro de terminar las respuestas, mostrar respeto apropiado para el juez o tribunal, abogados y el proceso. Siempre ponerse de pie cuando el juez o tribunal entre o salga de la sala de juicios. Hablar directamente al tribunal (o al juez si no hay tribunal). (24)

En el peritaje médico deben añadirse una serie de normas a los principios bioéticos que presiden toda actuación médica: honestidad, Imparcialidad, Objetividad. Prudencia, Reflexión y juicio Veracidad.

La revisión de los capítulos a los que se refiere la prueba pericial en los diferentes códigos como se mencionó previamente, es información que no puede ser pasada de largo, ya que es fundamental al momento de afrontar los casos asignados de acuerdo al área judicial correspondiente.

La ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo considera en su artículo 218 ~~La~~ prueba pericial se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil, salvo en lo que de manera expresa disponga este código sobre la materia. El juez excepcionalmente podrá prescindir

de la lista de auxiliares de la justicia y designar expertos idóneos para la realización del dictamen pericial, cuando la complejidad de los asuntos materia del dictamen así lo amerite o ante la ausencia en las mismas de un perito o por la falta de aceptación de este. (25)

La ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso en su capítulo VI, la prueba pericial en sus artículos 226 al 235 define, aclara y regula claramente la actuación pericial en los procesos de orden civil (1).

En el Código Penal Colombiano ley 906 de 2004, en sus artículos 405 a 423, al igual que en el Código General del Proceso se definen las condiciones, normas e instrucciones para el perito en los casos en los cuales intervenga en esta área del derecho. (26) (1)

Una de las características actuales en la participación del perito es la oralidad de su dictamen frente a estrados judiciales, amparado inicialmente este concepto bajo la Ley 1395 de 2010, la cual hace referencia a las medidas que se adoptan en materia de descongestión judicial, actualmente derogada por el Código General del Proceso, en donde se considera la oralidad como parte fundamental del ejercicio del peritaje.(27)

En la sentencia C-124 de 2011 (28) cuyo ponente es el Sr. Magistrado de la Corte Constitucional Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, en la cual se evaluaba la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral segundo literal a) parcial del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010 *por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.*+Corresponde al Pleno de la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera el derecho al debido proceso, en especial las garantías constitucionales de defensa y contradicción, la norma legal que impide objetar el dictamen pericial, para el caso del proceso verbal de mayor y menor cuantía?

Dentro de la ponencia es claro el papel que cumple la oralidad como parte del control de la prueba y la relevancia de su objetividad, transparencia y responsabilidad profesional al momento de realizarla.

La Sala advierte tres planos diferenciados de control del dictamen pericial, a saber, (i) la solicitud de complementación o aclaración; (ii) la objeción del dictamen por error grave; y (iii) el ejercicio de la función judicial de apreciación y valoración de la prueba. (28)

La aclaración o complementación del dictamen pericial, como se infiere de la misma expresión gramatical, buscan que los peritos adicionen la experticia frente a omisiones en que hubieren incurrido en el objeto de prueba, o bien resuelvan aspectos contradictorios u oscuros del mismo. En ese sentido, las facultades procesales mencionadas buscan garantizar el derecho de contradicción de las partes, de manera tal que puedan cuestionar a los peritos sobre el contenido y resultados del dictamen. El tercer ámbito de control del dictamen pericial es el ejercicio de la función judicial de apreciación y valoración de la prueba. (28)

La oralidad hace un control que permite a las partes controvertir y argumentar diferencias y conceptos asociados al proceso, lo que sumado a la valoración de la prueba realizada por el juez da respuesta a la equidad y transparencia para los actores del proceso.

El juez es autónomo para apreciar el dictamen y podrá apartarse motivadamente de sus conclusiones si encuentra que la pericia no interpreta adecuadamente los hechos, o que sufre de algún otro vicio que le reste aptitud probatoria (sentencia C-124 de 2011). (23) (28)

3.3 Responsabilidad Civil del perito médico.

Los galenos están en el deber de participar como experto de la ciencia médica a nivel jurídico, ya sea por decisión propia o por designación de un juez.

El deber del perito médico está en mostrar con su testimonio científico, la verdad de los hechos al juez. En la actualidad en Colombia rige el Código General del Proceso que en el artículo 48 habla de la designación. Para la designación de los peritos las partes y el juez acudirán a instituciones especializadas, públicas o privadas, o a profesionales de reconocida trayectoria e idoneidad. Quien, en caso de ser citado, deberá acudir a la audiencia. (1)

Igualmente, el Código General del Proceso, en el capítulo VI determinando la prueba pericial, artículo 227 indica que el dictamen puede ser aportado por una de las partes: la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial como medio probatorio del proceso deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir las pruebas. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El dictamen deberá ser emitido por institución o profesionales especializados. (1)

Esta condición abre la posibilidad que dos personas realicen un contrato civil, el médico, como cualquier otro profesional, establece continuamente vínculos jurídicos con las personas que solicitan sus servicios, mediante la celebración del contrato de servicios, cuyo incumplimiento será susceptible de generar responsabilidad civil. (29)

A nivel de contrato de servicios médicos, se pueden dividir en 2 etapas, así:

- Elementos del contrato: las partes que concurren a la celebración son, por un lado, el profesional de la medicina y por el otro la persona que solicita sus servicios. Existe libertad contractual debido a que en casos de dictamen médico la parte que pretenda valerse del dictamen pueden elegir libremente el profesional y a la vez el médico puede negarse a realizarla. Debe existir un consentimiento del paciente para acceder a su historia clínica con el fin de conocer los hechos que reposan en ella. (29)

- El objeto del contrato consiste para el médico perito en la obligación de emitir un medio de prueba jurídico: un dictamen pericial, como servicio médico con base en los conocimientos y la experiencia profesional, en cumplimiento a las normas consagradas por el CGP en el artículo 226. Por parte de quien quiera valerse de la prueba tendrá que realizar la cancelación de los honorarios convenidos para la emisión del dictamen. El contrato de servicios médicos es consensual ya que no requiere de ninguna formalidad especial para su perfeccionamiento y nacimiento a la vida jurídica. (1) (29)

Es importante determinar que un proceso jurídico tiene unos tiempos, y el médico que admita participar de él debe cumplir su labor en los tiempos pactados, de aquí que puede surgir la posibilidad del incumplimiento del contrato de servicios por parte del médico, al entregar un dictamen pericial tardío cuando los tiempos del proceso se han vencido, y se perjudica a la parte que pretendía valerse de la prueba: pues la misma no se tendrá en cuenta para que el juez tome la decisión más acertada en el proceso, por falta de allegar la prueba en el tiempo preciso.

Igualmente ocurre cuando el producto (dictamen) es defectuoso y no cumpla con los parámetros establecidos en el artículo 226 del CGP o verse sobre hechos que no son concordante con la historia clínica o las conclusiones del mismo no sean claras para las partes, ni para el juez, por lo tanto, el juez tendrá la facultad de no tener en cuenta la prueba para el proceso, generando daños para la parte que pretendía valerse de la prueba. O, en cualquier caso, cuando la elaboración del dictamen se hace defectuosa y tardía. (1)

Se dijo anteriormente que la obligación de los médicos es de medios y no de resultado, condición que no está excepta en ámbito pericial, el dictamen pericial debe versar sobre los hechos y la verdad que reposa en la historia clínica, y será una responsabilidad de medio, para presentar un dictamen pericial basado en la diligencia, prudencia, verdad, más no en busca del resultado positivo para la parte contratante, por lo tanto si la persona que pretende valerse del dictamen busca acusar al perito deberá probar que se actuó con negligencia, impericia, imprudencia o parcialidad.

Frente a la responsabilidad civil contractual depende también la falta de la comparecencia a la audiencia oral, puesto que para que la prueba tenga valor probatorio, el perito debe presentarse a sustentar su dictamen, sometido a que las partes interroguen y objeten los dictámenes en término de la sana crítica y juicio

(1); la no concurrencia del perito a la audiencia puede generarle responsabilidad civil.

Los efectos del incumplimiento del contrato, la responsabilidad generada por error, la no comparecencia del perito a la audiencia no está explícitos en la ley, sin embargo, como se describió anteriormente en el capítulo II, el Código General del Proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código Penal, contemplan la regulación del ejercicio pericial.

El Código de Procedimiento Penal define castigo en su artículo 410: ~~El~~ perito que injustificadamente, se negare a cumplir con su deber será sancionado con multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente en moneda legal colombiana+ (26)

En síntesis, cuando se habla de responsabilidad civil contractual del acto pericial se justifica sobre el incumplimiento de un contrato, ya sea con una de las partes del proceso o con la designación procesal emitida por un juez, los daños por el incumplimiento del contrato se identifican básicamente sobre la pérdida de oportunidad de una de las partes de poder demostrar bajo una prueba jurídica, la verdad sobre los hechos.

Ahora bien, no solo se reconoce la responsabilidad contractual del acto pericial, pues también cabe determinar la responsabilidad de tipo extracontractual al reconocer que detrás de cada sujeto procesal (demandante y demandado) hay terceros como por ejemplo familiares del actor que pueden sufrir daños derivados de incumplimiento pericial; que, aunque no exista un contrato directo con ellos, puede originarse posibles reclamos de índole jurídico hacia el perito y su dictamen.

Así pues, el contrato constituye una fuente de responsabilidad civil para el perito, sin embargo, no es la única, existen otras fuentes de obligaciones que tiene su origen en la ley, tal es el caso del delito como fuente de responsabilidad civil. (30)

El acto pericial puede generar la comisión de un delito cuando el médico modifique o altere la historia clínica del caso, aportándose de la verdad y en busca de una ganancia secundaria, incurriendo de tal forma en fraude procesal, el cual es condenado por el Código Penal colombiano en su artículo 453: ~~El~~ que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener

sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de 200 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de cinco a 8 años.+ Además, el fraude procesal no solo tiene implicaciones para el Código Penal colombiano, sino que también el hecho de modificar la historia clínica como fuente de información del proceso puede llevar a compulsar copias a los tribunales de ética médica.

Otra forma para que el perito caiga en el delito corresponde es el falso testimonio, hecho que también está contemplado en el Código Penal, artículo 442: ~~%a~~ que, en actuación judicial o administrativa, bajo gravedad de juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de 6 a 12 años+ (26). Este enunciado siempre está presente durante el acto de la oralidad, pues es cuestionado por el juez antes de interrogar al perito.

4. DISCUSION.

En atención a lo analizado anteriormente y de acuerdo a la ley 23 de 1983, todos los médicos tienen la capacidad y obligatoriedad, de acuerdo a la normatividad vigente, de fungir como peritos en todos los casos en donde sea necesario un par especializado, para conceptuar acerca de la *ex artis* en el desarrollo de una atención, validando los conocimientos aplicados y consignados en la historia clínica, emitiendo un dictamen en donde se identifiquen conceptos claros, con una correlación médico legal bien fundamentada, a la luz de los conocimientos médicos con el contexto de tiempo, espacio y lugar de la atención evaluada.

Surgen así mismo diferentes formas o tipos de peritajes, los primeros, aquellos que requieren de una especialidad para la valoración del daño corporal, como cirugía general, anestesiología, neurología, neurocirugía, oftalmología, otorrinolaringología, pediatría, medicina de urgencias, psiquiatría, cuidados intensivos y medicina general; el segundo, enfocado a la calificación de pérdida de la capacidad laboral, que puede ser solicitado como tal por el juez o aportarse por las partes. Un tercero enfocado a la valoración psicológica también como complemento ideal de los dos anteriores; y un cuarto tipo, definido más por las características del sistema de seguridad social en Colombia, esto es, el peritaje de cuentas médicas que ayuda a dirimir diferencias en reclamaciones entre los actores del sistema y que finalmente evalúa la pertinencia clínica en los cobros económicos frente a la normatividad vigente.

Si consideramos la pérdida de oportunidad de quien contrata, solicita u ordena el peritaje como la causa más evidente para reclamar una responsabilidad contractual, visto desde: el tiempo de entrega de la prueba en el proceso, la inasistencia a la audiencia de oralidad para la presentación del dictamen, la elaboración de un dictamen incompleto, es decir que no contenga todos los aspectos que considera el artículo 226 del Código General del Proceso, ello acarrearía limitaciones en la valoración de la prueba por parte del juez y sin duda se afectaría a la parte que contrato el servicio pericial.

La materialización de la responsabilidad extracontractual legitima a aquellos terceros beneficiarios del proceso jurídico, como esposa, hijos, familiares y/o en general aquellos incluidos en cualquier estreno procesal.

En ambos escenarios es posible causar daño que habría que reparar considerando que los mismos podrían ser patrimoniales y/o extra patrimoniales como en cualquier proceso judicial.

Otro aspecto a resaltar y muy importante es que eventualmente podría incurrirse en delito en el ejercicio del peritaje, este sería evaluado como tal desde el ámbito penal si se incurre en alteración de la historia clínica evaluada, omisión u ocultamiento de datos relevantes en la historia clínica o en falso testimonio durante la audiencia de oralidad.

En la actualidad y probablemente por lo nuevo del ejercicio del peritaje médico legal, no se cuenta en el medio con pólizas de responsabilidad civil que permitan cubrir dicho riesgo en los profesionales que lo ejercen, sería importante hacer un acercamiento con las diferentes aseguradoras con la solicitud puntual que permita un desarrollo del aseguramiento de este riesgo.

Es tarea del perito reducir el riesgo de la responsabilidad civil generada en el ejercicio de sus funciones, con un dictamen elaborado juiciosamente en donde se incluya: dirigido a quien lo solicita, descripción del proceso (consecutivo asignado por el juzgado), identificación del perito, declaración de habilidad en el proceso, declaración de idoneidad con exposición de títulos que permitan afirmarla, qué procedimiento fue utilizado para la evaluación del caso, consentimiento informado para la revisión de la historia clínica, datos personales del paciente, resumen de eventos relevantes de la historia clínica, diagnóstico clínico claro, soporte teórico del diagnóstico objeto del dictamen, discusión y exposición en la correlación médico legal, conclusiones y finalmente la bibliografía que respalda la experticia. La oralidad es de carácter personal y deberá existir el respeto en el lenguaje al dirigirse al juez y a las partes; la información deberá ser clara y veraz para el proceso.

5. CONCLUSIONES

- 1- Todos los profesionales médicos y sus especialidades son peritos en el territorio nacional a la luz de la normatividad vigente.
- 2- El ejercicio del acto pericial conlleva una responsabilidad civil contractual y extracontractual. Además, en ciertos casos, responsabilidad penal cuando se incurra en delito con alteración documental o falso testimonio.
- 3- La pérdida de oportunidad se constituye en una de las principales causas de reclamación en la responsabilidad civil del perito médico. Se configuran sus condiciones: existencia de la oportunidad, aleatoriedad del resultado y sujeto jurídico habilitado a recibirla.
- 4- El conocimiento de la normatividad vigente y de la estructura del sistema judicial colombiano es clave para el ejercicio de la actividad pericial, porque permite identificar su importancia y define los límites y alcances.
- 5- La reducción del riesgo en la responsabilidad civil del perito se da con un manejo ético, moral y normativo, este último direccionado por el Código General del Proceso en su artículo 226.

6. BIBLIOGRAFIA.

1. Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1564/ 2012 [Internet]. 1564 jul 12, 2012. Disponible en:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
2. Congreso de la Republica de Colombia. Ley 23 /1981 [Internet]. Ley 23 de 1981. Disponible en:
http://www.archivogeneral.gov.co/sites/all/themes/nevia/PDF/Transparencia/L EY_23_DE_1981.pdf
3. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-651/97 [Internet]. Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Diaz. 1997. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-651-97.htm>
4. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. En: Edición Tricentenario 23 edición. Madrid España; 2014. Disponible en:
<http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>
5. Kelsen,H trad. V R. Teoría pura del derecho. México, porrua 2005;
6. Hart, H.L.A. Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law. Oxford University press. 2008.
7. Mora, Guzmán Fernando. Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico en Colombia. Revista Conamed. 2001;10,no21:p.6-16.
8. Vélez, Hernán. La responsabilidad Jurídica: aproximación al concepto, relación con otros conceptos jurídicos fundamentales y su funcionamiento. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB. 2015;Volumen 45, Núm. 122.
9. Vargas Picado Francisco. La responsabilidad Jurídica [Internet]. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/la-responsabilidad-juridica/la-responsabilidad-juridica.pdf>

10. Derecho civil 3. Responsabilidad Civil [Internet]. Derecho civil 3: obligaciones. 2012. Disponible en:
<http://ugmacivil3.blogspot.com.co/2012/04/responsabilidad-civil.html>

11. Constitución de la Republica de Colombia. Ley 57 de 1887 [Internet]. 1887. Disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

12. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008/2010 [Internet]. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas. 2010. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-1008-10.htm>

13. Tamayo Lombana A. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley; 2005. 478 p.

14. Duarte Chavarría Tatiana UM. Responsabilidad objetiva por infecciones asociadas a la atención en salud desde la perspectiva del Consejo de Estado. 2 de mayo 2017 [Internet]. noviembre de 2016; Disponible en:
<http://hdl.handle.net/10946/4515>

15. Deik Acosta Carolina. Responsabilidad Medica: Elementos, naturaleza y carga de la prueba. Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes. junio de 2010;Vol. 43.

16. Consejo de Estado. Sentencia n° 5902. Magistrado Ponente Gustavo de Greiff Restrepo. 1990.

17. Yepes Restrepo S. La responsabilidad civil médica. Colombia: Biblioteca Jurídica Diké; 1993.

18. Roza Sordini Paolo Emanuele. Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano. revista de derecho privado. julio de 1998;N 4:139-49.

19. Acevedo R, Jorge Fernando, Giraldo G, Cesar Augusto. Guías de valoración del daño corporal. Medellín: Señal Editora ; Ces; 2011.

20. Laborda Calvo E. La Responsabilidad Civil del perito médico [Internet]. aeds.org. [citado 14 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nNnWNa5D6hwJ:www.aeds.org/congreso/XXIcongreso/docs/DrEugenioLabordaCalvo.doc+&cd=17&hl=es&ct=clnk&gl=co>

21. Cambas Zuluaga LA. Determinación del origen y valoración del daño corporal. Medellín: Comlibros; 2004.
22. Araya R Diego J. La pericia Medica: (Noción y contenido). Med Legal Costa Rica. septiembre de 1999;16:52-8.
23. Rojas Juan Nicolás. Apreciación del dictamen científico en el Código General del proceso. Letras Jurídicas. julio de 2012;17:151-67.
24. Flores-Sandí G. El médico en procesos judiciales. Acta Médica Costarric. marzo de 2008;50(1):47-50.
25. Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1437 /2011 [Internet]. 1437/2011 jul 2, 2012. Disponible en:
http://leyes.co/codigo_de_procedimiento_administrativo_y_de_lo_contencioso_administrativo.htm
26. Congreso de la Republica de Colombia. Ley 906/ 2004 [Internet]. 906 /2004 de enero, 2005. Disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>
27. Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1395 /2010 [Internet]. 1395/2010 jul 12, 2010. Disponible en:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html
28. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-124/2011 [Internet]. Magistrado ponente Dr. Luis Ernesto Vargas. 2011. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-124-11.htm>
29. Yepes Restrepo S. La responsabilidad civil médica. Colombia: Biblioteca Jurídica Diké; 1993.
30. Cisternas José PL. Teoría General de las Obligaciones. En: Apuntes del Derecho Civil II [Internet]. p. 1-191. Disponible en:
http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/DERECHO_CIVIL_-_TODOS_LOS_TEMAS/DERECHO%20CIVIL%20-%20TODOS%20LOS%20TEMAS/DERECHO%20CIVIL%20II%20-%20JOSE%20CISTERNA%20Y%20LUIS%20PASTORINI.pdf

