



ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ITALIA Y EN COLOMBIA

MEMORIAS DEL CONVERSATORIO DE AGOSTO 31 DE 2017

Cristina Amato
Mónica L. Fernández M.
María Edna Castro Nieto

 **POLI**
POLITÉCNICO
GRANCOLOMBIANO
INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA

“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ITALIA Y EN COLOMBIA”

MEMORIAS DEL CONVERSATORIO DEL 31 AGOSTO DE 2017

Cristina Amato
Mónica L. Fernandez M.
María Edna Castro Nieto





© Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano
Análisis Comparativo de la Responsabilidad Médica en Italia y en Colombia.
Memorias del conversatorio del 31 de agosto de 2017

E-ISBN: 978-958-8721-70-5

Editorial Politécnico Grancolombiano
Av. Caracas # 63-55, piso 4
PBX: 7455555 ext. 1516
editorial@poligran.edu.co

Marzo de 2018
Bogotá, Colombia

Facultad de Ciencias Sociales

Autores:

Cristina Amato

Mónica L. Fernandez M.

María Edna Castro Nieto

Lider de Proyectos

Eduardo Norman Acevedo

Analista de Producción Editorial

Paulo Mora Noguera

Corrección de estilo

Hernán Darío Cadena

Diseño y Armada electrónica

Daniel Venegas Angel

Impreso y hecho en Colombia

Printed in Colombia

¿Cómo citar este libro?

Amato, C., Fernández, M. L., & Castro Nieto, M. E. (2017), “Análisis comparativo de la responsabilidad médica en Italia y en Colombia”. Memorias del conversatorio del 31 de agosto de 2017, Bogotá: Editorial Politécnico Grancolombiano.

CONTENIDO

Presentación general	7
1 Panorama de la responsabilidad civil médica en Italia Cristina Amato	9
2 Caracterización general del sistema colombiano de responsabilidad médica en ámbito público y privado Mónica L. Fernández M.	19
3 La responsabilidad penal médica en Colombia María Edna Castro Nieto	27

PRESENTACIÓN GENERAL

El efecto jurídico causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la indemnización de aquel. Mal podría suponerse una sociedad que tuviera por principio la no reparación del daño sufrido. Ello implicaría la ruptura de un orden social, la aceptación de la posibilidad ilimitada de lesionar; por eso, desde el momento en el cual se inicia la educación del ser humano, aparece la máxima de comportamiento que muestra el anhelo de causar el menor daño posible, que no es más que el reverso de aquella que enuncia que se aspira a vivir siendo lo menos perjudicado posible.

Bienvenidos, pues, a nuestro conversatorio sobre la responsabilidad médica en el contexto italiano y colombiano, que hemos querido denominar como “ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ITALIA Y EN COLOMBIA”.

Así, tenemos el honor de contar con la visita de la doctora Cristina Amato, quien es profesora ordinaria de derecho privado comparado en la Universidad de Brescia (Italia). Doctora en Responsabilidad civil por la Universidad Sant’Anna di Pisa (Italia), Máster en International trade law e International business transaction por el King’s College de Londres. Autora de un sin-

número de libros y publicaciones científicas. Investigadora y conferencista internacional. La doctora Cristina abordará el tema de la responsabilidad médica en Italia.

Le damos la bienvenida a la doctora Cristina, muchísimas gracias por concedernos el honor de tenerla aquí y saber qué es lo que está pasando en Italia con todo este tema de la responsabilidad médica, muchas gracias.

Nuestra segunda panelista es la profesora Mónica Fernández, doctora en Persona y Tutelas jurídicas por la Universidad Sant' Anna di Pisa (Italia), autora del libro 'La responsabilidad médica, problemas actuales', y de varios escritos en la materia, conferencista internacional, conjuez de la Corte Suprema de Justicia y docente investigadora del nuestra casa de estudios. La doctora Mónica hablará del sistema colombiano de responsabilidad médica, tanto en el ámbito público como en el privado.

Por otra parte, nos acompañará en esta jornada la profesora Edna Castro. Candidata a doctora en Derecho penal por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Ciencias penales y criminológicas y en Derecho procesal penal por la Universidad Externado de Colombia. Autora de varios escritos en derecho penal. Se ha desempeñado como Defensora pública, Asesora del Ministerio de Justicia, consultora ante las Naciones Unidas en materia de sistema penal acusatorio en Colombia. Docente y directora del Consultorio Jurídico del Politécnico Grancolombiano. La profesora Edna nos hablará de la responsabilidad médica desde la perspectiva del derecho penal en Colombia.

Finalmente, nos acompaña el doctor José Manuel Gual, doctor en Derecho por la Universidad Sant' Anna di Pisa (Italia), quien muy amablemente nos ayudará con la traducción de la intervención de la doctora Amato.

A todos, muchas gracias.

Mauricio Hernández
Profesor del Politécnico Grancolombiano

PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN ITALIA¹

CRISTINA AMATO

Profesora ordinaria de la Universidad de Brescia (Italia)

Muchas gracias a todos, y quería agradecer especialmente a la profesora Mónica Fernández, al profesor José Manuel Gual y a todo el Politécnico Grancolombiano por esta invitación. Pero como mi español está muy limitado, entonces disculpen, yo voy a hablar en italiano y el profesor Gual ayudará con la traducción de mi intervención. Yo creo que el italiano está muy cercano a vuestra lengua, entonces yo pienso que no es muy difícil entender.

En los últimos 30 años la responsabilidad médica en Italia ha venido evolucionando con base en el ordenamiento civil, pero con sustento en unas pocas normas que la jurisprudencia italiana ha interpretado y aplicado. Tenden-

¹Traducción simultánea por José Manuel Gual Acosta. Doctor en Derecho Civil por la Scuola Superiore Sant' Anna di Pisa (Italia).

cia normativa que se ha presentado esencialmente bajo una interpretación propia de la casación Italiana. Ahora bien, no obstante esta evolución de los últimos 30 años, de reciente ha sido el legislador el que ha tomado el lugar de la jurisprudencia, y entonces ha empezado ya la normativa legislativa y esto es lo que voy a tratar de explicar en los próximos 30 minutos.

El momento legislativo nace con el tema de la Constitución, que protege básicamente el Derecho a la Salud como un derecho fundamental. Pero esto nos puede traer problemas que se van a afrontar en el derecho italiano; en primer lugar, qué es la responsabilidad médica, si se va a ubicar dentro del ámbito contractual, o sea un contrato como tal, o si es un ámbito aquiliano o delictual, es decir, un hecho ilícito. Ahora, el problema que se tiene es que si es contractual tendrá un régimen, en cambio si es delictual tendrá otro. El segundo problema trata de identificar entonces cuál es la responsabilidad profesional del médico, y este problema se observa con base en la culpa y su carga, así como en el régimen de daños. Finalmente, el último problema sería identificar el tema del consentimiento informado. Ahora bien, el tema sanitario y de la estructura sanitaria es otro problema.

Para responder al primer problema, si es contrato o ilícito civil, los italianos se basan en los artículos 1321 y siguientes del Código Civil. Según la orientación consolidada de la jurisprudencia civil, para aquellas controversias de naturaleza contractual hay un favorecimiento para el paciente, porque hay un aligeramiento de la carga de la prueba, siendo suficiente para el acreedor (paciente) probar la existencia de un contrato y el incumplimiento del mismo por parte del deudor (médico). Mientras que si se trata de una responsabilidad aquiliana, existe un favorecimiento para el médico, porque el paciente tiene que probar la culpa de este, dado que no existe ningún vínculo precedente; en consecuencia, el acreedor (paciente) que sufre un daño debe demostrar en concreto el comportamiento negligente, de imprudencia o impericia del deudor (médico).

Como se decía, entonces, la responsabilidad contractual va a favor del paciente. Ahora, en Italia finalmente se optó por considerarla como una culpa contractual, y para ello se recurre también a las obligaciones de medios y resultado: de esta manera, la obligación contractual del médico no es la de sanar, sino simplemente la de atender o cuidar al paciente con la diligencia profesional prevista de acuerdo con el caso concreto. En los últimos 30 años se ha entendido que la responsabilidad no es solamente de medios, sino que también va a incrementarse con una responsabilidad de resultado, aumentando los estándares de diligencia, al punto que no basta decir, por ejemplo, en el caso del odontólogo o del estético, que me duele el diente, sino que tiene que quitar el dolor del diente y tiene que quitar la arruga, es el resultado. Ahora, para interpretar esa regla de responsabilidad para el odontólogo y para el médico estético, las reglas normales de la responsabilidad contractual ya no aplican, porque es todo un régimen de la jurisprudencia de los últimos 30 años, que incrementa de medios a resultados la responsabilidad médica: así se intenta atenuar la carga de la prueba que correspondería al paciente y se le pasa al médico. Entonces, el médico es el que está llamado a probar que realmente él no tuvo la culpa, porque al paciente le bastaría probar simplemente que no obtuvo el resultado.

Este avance no solamente se da en materia de culpa, sino también frente al nexo de causalidad, pues durante los últimos 30 años también se atenúa el juicio de nexo de causalidad detrás de un juicio de mera probabilidad. Así, si usted es intervenido por un odontólogo, simplemente usted dice que el dolor que tenía no se le quitó y es muy probable que el dolor se le aumentó por la intervención del médico; en este caso es el profesional quien debe explicar y, además, no se admite tampoco una cláusula de exoneración de responsabilidades por daño a la persona.

Entonces, de un sistema de responsabilidad del médico profesional, se pasa no solo a este tipo de proceso, sino también a la responsabilidad del hospital, de la estructura sanitaria, es decir, esto aplicará si el médico no trabaja en su consultorio privado, pero sí en una estructura. En particular, ¿qué pasó

en los últimos 30 años? Al tema de culpa se le anexó el tema de la carga y la causalidad, específicamente con una sentencia en el año 1978, cuando la jurisprudencia diferencia entre intervenciones fáciles e intervenciones difíciles. En las fáciles, aquí no se aplica la regla básica de que el médico solo responde por culpa grave o dolo; el médico debe observar en este caso la *lex artis*. Ejemplo: el parto es catalogado como una intervención fácil, porque desde siempre la mujer ha parido, pero si la intervención se complica, por considerarlo fácil simplemente vamos a requerir una diligencia simple, es decir, el médico debió seguir el protocolo y como no lo siguió por eso se causó el daño, porque es muy probable que no tuvo una diligencia, y simplemente se alejó de la *lex artis* o del arte médico. Si, en cambio, la intervención es difícil porque hay un alto riesgo, como se ve en el caso de las operaciones de la espina dorsal, pues sencillamente no todos los médicos pueden hacerlo, ya que a diferencia de hacer parir, que cualquier médico puede hacerlo, no cualquiera puede intervenir la espina dorsal.

Así, vamos a analizar entonces el término “culpa”, bajo tres aspectos: culpa por negligencia, culpa por impericia y culpa por imprudencia. En la culpa por negligencia se estima que todos los médicos tienen un mínimo, y ese mínimo es que deben saber hacer algo; la culpa por impericia, en cambio, es cuando el médico tiene una inadecuada preparación, es decir, porque no estudió; y en cambio hay imprudencia cuando el médico sabe, pero quiere hacer más, y viola entonces las cautelas para prevenir el daño. Así, bajo estas reglas, si le quito los dientes a alguien y le voy a colocar una prótesis dental, después de 6 meses de haberle extraído los dientes, es obvio que ya esa prótesis no va a ser útil, inclusive así el paciente no vaya a los controles posteriores; entonces, basta decir como paciente que yo no fui, pero igual me pusieron la prótesis después de 6 meses y que esa prótesis ya no me sirve, por ende el médico tendrá culpa, porque eso era fácil. Ahora, si en el caso de un parto, un niño grande está por nacer, es obvio que en una sala de parto siempre debe haber unos fórceps, pero si ese día no están los fórceps y el niño tiene un daño por temas de falta de oxígeno, entonces la culpa será del médico, porque era obvio y era fácil que también tenía que tener fórceps.

Ahora, en el tema de la carga de la prueba, tratándose de las intervenciones de fácil ejecución, el paciente tiene que demostrar la facilidad de la intervención solamente, entonces, como era fácil, solo debe decir que tuvo un daño, porque se aplica la regla res ipsa loquitor, es decir, las cosas hablan por sí mismas; en consecuencia, no necesitamos más prueba, sino que simplemente el daño se dio, así, si el niño debía nacer, porque se han tenido niños en los últimos 10.000 años y salió enfermo, es culpa del médico. Entonces, es así que simplemente la estructura médica para salvarse tendría que probar que sí estaban los fórceps, pero cayó un rayo y por eso no pudieron usarlos en la sala de cirugía; si no es así, simplemente encontramos un caso de responsabilidad del médico, pero sobre todo de la estructura sanitaria. Por tanto, si se trata de una intervención de fácil ejecución, opera una inversión de la carga de la prueba y el médico debe probar el fortuito.

Si en cambio es una intervención que no es fácil, sino de las que llamamos difíciles, como sería el caso de una en la espina dorsal o del estómago, entonces, en este caso, el paciente debe probar -para que responda el médico- que hubo una culpa grave o dolo. En este caso, el paciente tiene una carga más grave y el médico puede probar causa extraña. Sin embargo, difícilmente estamos en esta situación.

Pero qué sucede si en una intervención difícil, una al estómago, por ejemplo, se olvida después de la intervención una compresa, que después le causa un daño como la muerte, una infección, en este caso simplemente vamos a encontrar que el médico fue negligente, que el médico no fue diligente, porque cometió, en efecto, una estupidez, una tontería, y así se grava al médico. Se estaría en la hipótesis primera: las cosas hablan por si solas.

Ahora bien, en el año 2004 se da un pequeño cambio en la jurisprudencia, siempre a favor del paciente, quien ahora solo deberá probar el contrato y no la intervención: probar el título contractual, el contrato, por ejemplo, el haber entrado al hospital. Es simplemente afirmar, no probar el incumplimiento del médico. Así, basta decir que el hijo entró al hospital y ahora salió

con un daño al cerebro y eso es suficiente. Se trata de una aligeramiento mayor de la carga de la prueba. Y entonces le tocará a la estructura sanitaria liberarse. La causalidad tuvo también entonces una simplificación, y la superación de las obligaciones de medios y de resultados. En la jurisprudencia ya no se mira tampoco eso, ni que sea fácil o difícil, es solo un tema de “alegación” del incumplimiento del médico.

En cuanto al nexo, este está a cargo del paciente bajo la idea “más probable que no”. Así, por el simple hecho de que yo entro al hospital, llegué sano, pero salí enfermo, entonces fuiste tú médico y estructura. El nexos se maneja entonces a partir de un criterio de probabilidad.

Dicho esto, también vamos a encontrar que la responsabilidad penal va a tener en cuenta el elemento culposos, pero sobre todo las probabilidades de responsabilidad penal. Ahora bien, esto ¿qué ocasionó?: un aumento en las primas de los seguros, y que además siempre deberán pagarlas, porque son obligatorias; también ocasionó que se diera lugar a una medicina defensiva, en donde el médico simplemente dice: “si me vas a condenar si hago, entonces mejor ya no hago”, o simplemente “antes de hacer algo voy a ordenar muchísimos exámenes”, y por ejemplo, puedo ordenar ligadura de trompas o simplemente hago cesárea, porque es mucho más segura que hacer un parto normal. Así, entonces, en 2011 se da una intervención del legislador por medio de la exigencia del seguro obligatorio. Posteriormente, viene en 2012 una nueva ley que realmente se supera rápidamente, la Ley Balduzzi. En el año 2017 la Ley Gelli entra a regir, la cual excluye la responsabilidad penal por culpa leve, es decir, solo se responderá penalmente por dolo o culpa grave, y entonces en culpa leve simplemente vamos a mirar la buena praxis médica. Con esta Ley Gelli también se pasa de una responsabilidad contractual de la estructura sanitaria a una responsabilidad extracontractual del médico dependiente y de la estructura. Es decir, cambia todo el sistema de los últimos 30 años: ahora el paciente será el que tiene que probar la culpa del médico que lo ha atendido, y también va a afectar la gravedad de la culpa.

Tenemos, entonces, que la Ley de 2012 no se hizo bien, por eso entonces se hace la de 2017, en el sentido de que ya no responde el médico, sino que responde la estructura. Así, ahora, si urge prevenir el daño mediante la teoría del riesgo, entonces lo que se hace es que se gestiona el riesgo por medio de la estructura, previniendo el daño más que resarcirlo. Volviendo al caso de los fórceps: no fue la falta de pericia, sino la mala organización de la estructura, porque el fórceps faltaba, o sea le correspondería a la estructura, así como sucede en Inglaterra, la culpa no es del médico sino de la estructura.

Vemos el caso dramático que sucede en Italia, de la niña que nace, que nació bien, pero se sofoca con una leche que se le atoraba en el cuello, eso pasó porque precisamente cuando los niños nacen es normal que esté el neonatólogo o la enfermera, y entonces como no estaba, la niña se sofoca, produciendo una invalidez del 100%, es decir, la niña queda como un vegetal. Y ¿cuál fue la causa? Que simplemente no había alguien de turno, entonces en Italia esto obedece a que los que son mayormente condenados por tema de falta de ese tipo de daños son precisamente los hospitales privados, porque son los hospitales que ahorran todo, más que los hospitales públicos. Un 80% de los casos de responsabilidad médica comprometen los entes privados.

Ahora bien, la Ley Gelli, en este caso, enfatiza en dos cosas: primero las buenas prácticas, es decir, se establece que hay que identificar cuáles son las buenas prácticas, esto es, se da un listado de las buenas prácticas y unas recomendaciones que deben tener en cuenta los médicos. Y si el médico se aleja, entonces se estima que es imperito, pero si la sigue, entonces es un médico que ha hecho las cosas bien, y solo estaría llamado a responder en caso de culpa grave o dolo. Pero si también se sale de esas buenas prácticas o simplemente de esas recomendaciones, entonces se le puede punir por faltas a la *lex artis*, es decir, estos lineamientos generales identifican las buenas prácticas con la *lex artis*. Esto es fundamental en la ley.

Otro aspecto fundamental tiene que ver con el sistema de responsabilidad, pues lo que se consagra es el sistema de responsabilidad contractual para la estructura sanitaria, y entonces la responsabilidad del médico es extracontractual, donde la prueba de la culpa está a cargo del paciente. Si miramos el derecho comparado, encontramos también que Francia establece un régimen contractual desde los años 30, pero en el año 2010 (Casación 3.6.2010), pasa de un régimen civil contractual a un régimen extracontractual del médico. En Inglaterra (aunque no vale mucho la pena hablar, porque ya no están en la comunidad económica), simplemente vamos a decir que la responsabilidad del médico es siempre delictual.

En Italia, se pasa así de un sistema de responsabilidad semi objetivo, como dicen los italianos, que para nosotros sería culpa presunta, a un sistema por culpa probada, netamente subjetivo, el cual se mantiene solamente frente al médico que atiende en la estructura. En cambio, respecto a la estructura, el paciente-víctima puede invocar una responsabilidad contractual, con la facilitación probatoria ya enunciada. En síntesis: el paciente que haya sufrido un daño a la salud en el curso de una intervención hospitalaria tendrá una doble acción: contractual frente a la estructura y extracontractual frente al médico.

En Francia, entonces, la responsabilidad médica se basa en un régimen de culpa para el médico, pero también existe un sistema de responsabilidad objetiva para la estructura; pero ¿en qué casos?: solamente en casos de excepción como el de las infecciones bacterianas, que llamamos nosocomiales, o sin culpa del médico.

Finalmente, preguntaba la doctora Fernández que hasta dónde, entonces, la responsabilidad in solidum o solidaria se aplicaría también para el médico y la estructura, a lo que puedo responder que en este caso no se aplica in solidum o solidaria, sino simplemente se habla de un concurso de culpas, porque son dos regímenes diferentes y se demandan por aparte, existiendo una acción de regreso de la estructura frente al médico dependiente, entonces, la es-

estructura, si condenaran también al médico, podría tener acción de regreso contra él por la quinta parte de su salario. Acción de repetición, derecho a repetición.

CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL SISTEMA COLOMBIANO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ÁMBITO PÚBLICO Y PRIVADO

MÓNICA L. FERNÁNDEZ M.

Profesora investigadora del Politécnico Grancolombiano

Muchas gracias. Por cuestiones de tiempo, lo que voy a hacer es tratar de realizar una caracterización general sobre cómo funciona el sistema de responsabilidad médica en Colombia, haciendo unos aportes puntuales que nos diferencian y nos alejan del derecho italiano. Antes que nada, la primera diferencia es que en Colombia existe una dualidad del sistema de responsabilidad médica, mientras en Italia es el juez civil que conoce, independientemente de que la entidad hospitalaria sea pública o privada, aquí en Colombia nosotros tenemos la posibilidad de analizar la responsabilidad desde el ámbito público o privado. De este modo, en el ámbito privado, la competencia es de la jurisdicción ordinaria cuando la naturaleza de la entidad a deman-

dar es privada; y en el ámbito público, la competencia es de la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando la naturaleza de la entidad demandada es pública. También en la jurisdicción ordinaria caben todos aquellos eventos de contratos particulares, es decir, cuando yo como paciente contrato a un cirujano plástico fuera del sistema de seguridad social en salud, y es un contrato privado que cabe en la primera hipótesis. Entonces esa es la primera diferenciación.

La segunda diferencia es que aún hoy en día en Colombia se sigue aplicando fuertemente la distinción que trae consigo la clasificación en obligaciones de medios y resultados, con su principal efecto que es la inversión de la carga de la prueba. En consecuencia, en Colombia el sistema general o el principio general es que el médico se compromete a hacer todo lo posible por curar al paciente, mas no a un resultado específico, y eso ¿qué genera?, pues que se invierta la carga y por ende, sea el paciente el que tenga que demostrar todos los elementos de la responsabilidad, entre ellos la culpa.

Otra distinción que tenemos con lo que nos acaba de hablar la doctora Cristina, es el tema de la naturaleza de la responsabilidad médica. Respondiendo un poco a esa dualidad entre ámbito público y ámbito privado, tenemos que en el ámbito privado –desde el año 1940– nuestra Corte Suprema acogió el fallo *Mercier* de 1936 del sistema francés y, en consecuencia, a partir de ese año, 1940, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que la naturaleza de la responsabilidad es contractual, porque entiende que entre el médico y el paciente lo que se genera es un contrato. Ahora bien, podemos decir que no hay unanimidad de criterios sobre cuál es ese contrato. Al respecto, Colombia ha pasado por una gran modalidad de teorías para poder determinar qué tipo de contrato es, si es un arrendamiento, si es una prestación de servicios, y hasta hoy en día aún no existe la última palabra en la Corte alrededor de eso. En el ámbito público, por el contrario, se estima que estamos frente a la prestación de un servicio público y, así, el régimen que se aplica es el régimen extracontractual, es decir, el de la falla del servicio.

Entonces, tenemos que tanto en el ámbito público como en el ámbito privado ha habido, hasta hoy en día, un itinerario importante con relación a la prueba de la falla del servicio, itinerario con mayor desarrollo en el ámbito público. Sin embargo, podríamos concluir que en la actualidad en ambos regímenes, tanto el público como el privado, se aplica por principio general el régimen de la culpa probada, si es privado, o el régimen de la falla probada, si es público. No obstante, esta naturaleza de la responsabilidad médica en ámbito privado también ha sido objeto de muchos debates en la Corte, y aún no existe una posición unánime en el tema, por ejemplo, de si la de la EPS es contractual, que si frente a la IPS es extracontractual, o que si frente a los dos, EPS e IPS, son contractuales. No existe una decisión definitiva al respecto. Lo que yo sí considero es que debería haber una nueva reflexión, porque desde el año 1993, con la Ley 100, el sistema de prestación del servicio de salud cambió, y ese cambio impactó la relación médico-paciente. Entonces, no sé hasta qué punto podríamos nosotros, o es viable o es conveniente, seguir diciendo que la naturaleza de esa responsabilidad es una naturaleza contractual. En el año 1940 las condiciones eran totalmente diferentes, era el médico de familia que llegaba a la casa, tocaba la puerta, y en ese contexto no hay duda que podía haber un contrato más fácil de identificar, pero hoy en día, así sea una entidad privada, ese ejercicio de esa actividad privada se da en el marco de un servicio público, de un sistema de seguridad social de salud, entonces pues yo sí pensaría que ese punto debería ser revisado.

Otra característica es que es un sistema esencialmente subjetivo, como lo acabo de decir hace un momento: se han admitido presunciones pero en muy pocos casos. Realmente, se ha admitido la presunción, por ejemplo en el evento de contaminación por VIH postransfusional; en ese caso, el Consejo de Estado, no la Corte Suprema de Justicia, pero sí el Consejo de Estado, aplicó la regla *res ipsa loquitur*, y en consecuencia partió de una presunción y por esa vía se atribuyó la responsabilidad. Entonces, el régimen general podemos decir que es el de la culpa probada o la falla probada, de-

pendiendo del sistema en el que se encuentre, y en algunos casos muy puntuales se ha reconocido la presunción de culpa.

Como consecuencia de eso mismo, es decir, de afirmar que el régimen subjetivo es el principio general, pues la responsabilidad objetiva realmente sobra, solo en un caso bastante reciente ha operado, por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, y es el de las infecciones intrahospitalarias. Hoy el Consejo de Estado ha dicho que en el caso de los daños derivados de infecciones intrahospitalarias el régimen aplicable es el régimen objetivo. Claro, eso es bien delicado porque nosotros no tenemos sistemas de aseguramiento obligatorio, el sistema de aseguramiento aquí en Colombia es facultativo, y eso genera un impacto importante desde el punto de vista financiero en el sistema. Tampoco existen regímenes de garantía social, como los fondos de garantía que nos hablaba la profesora. Entonces, podríamos afirmar que la jurisprudencia sí ha avanzado y ha dicho que en materia de infecciones intrahospitalarias hay responsabilidad objetiva, pero finalmente el que paga esas indemnizaciones es la entidad hospitalaria, porque no cuenta con sistemas que apoyen esos pagos, además de que las infecciones nosocomiales están excluidas en las pólizas de seguro de responsabilidad civil, entonces esto realmente se está convirtiendo, o se ha convertido, en un problema importante para estas entidades.

Por otra parte, en cuanto a los factores de atribución de la responsabilidad, también manejamos obviamente las modalidades de la culpa que tiene que ser demostrada, la imprudencia, negligencia, impericia, tal como lo establecía la profesora Cristina, y podríamos decir que el acto médico es la principal fuente de responsabilidad. Ese acto médico, entendido como un conjunto coordinado de acciones ejecutadas por un profesional de la medicina en el marco del ejercicio de su profesión, con fundamento en sus conocimientos profesionales y experticia técnica, con la inequívoca finalidad de preservar la vida, la salud y la integridad del ser humano, en clara sintonía con la ley de su arte o *lex artis*. Entonces, puede existir una variedad en esa clasificación de la culpa, observando el acto médico que se divide en distintas

fases, pudiendo en consecuencia encontrar casos de culpa en el diagnóstico o casos de culpa en el tratamiento o casos de culpa en la vigilancia posoperatoria, y también hay, además, casos directamente relacionados con la culpa por incumplimiento de los deberes de deontología médica, donde caben todos aquellos casos de incumplimiento del deber de información, incumplimiento del deber de obtener un consentimiento informado del paciente, y casos de incumplimiento al deber de guardar el secreto profesional.

Desde luego, encontramos ciertos actos médicos que están relacionados con la atención en salud. Tenemos, por un lado, los actos médicos; por otro lado tenemos los actos paramédicos –paramédico significa al lado del médico-, en consecuencia, son los actos ejecutados por las enfermeras, las auxiliares. Bajo esta denominación de actos paramédicos, en la que caben todos aquellos eventos de suministro de medicamentos en óptimas condiciones, también hace relación al buen estado en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos. Finalmente, encontramos también los actos extra médicos, que incluyen todo lo que tiene que ver con servicios de hostelería cuando el paciente es hospitalizado, y aquí cabe la famosa obligación de seguridad.

En este orden de ideas, la jurisprudencia, y más específicamente la jurisprudencia contencioso-administrativa, ha establecido y ha hecho esa claridad de las categorías de responsabilidad médica según el fundamento o criterio obligacional. De este modo, por un lado está entonces la responsabilidad por desconocimiento de la *lex artis*, y por el otro está aquella relacionada con aquellos eventos de responsabilidad que derivan del incumplimiento del deber de protección y cuidado del paciente, es decir, todo lo que tiene que ver con la obligación de seguridad.

En el tema de obligación de seguridad también hubo una discordancia entre lo que consideraba la Corte Suprema de Justicia y lo que consideraba el Consejo de Estado, discordancia que hoy en día, al parecer, se está abandonando aunque no hay total claridad y definición al respecto. La posición

tradicional de la Corte Suprema de Justicia establecía que en el tema de la obligación de seguridad debía diferenciarse entre los hospitales y clínicas que prestan servicios generales, y aquellas entidades que prestan servicios psiquiátricos o geriátricos. En el primer caso, es decir, en aquellos hospitales o clínicas que prestan servicios generales, la obligación de seguridad sería considerada como de la naturaleza del contrato de hospitalización y, en consecuencia, la custodia y vigilancia serían deberes accesorios que requerirían una estipulación expresa, es decir, dividía la obligación de seguridad de la obligación de vigilancia y custodia; en cambio, en los servicios brindados en los hospitales psiquiátricos o geriátricos, según la Corte Suprema de Justicia, la obligación de seguridad sí comprendería la obligación de custodia y vigilancia. El Consejo de Estado ha hecho una interpretación distinta a esa obligación de seguridad, estableciendo que la obligación de seguridad debe ser una sola, es única, es un concepto único que comprende todo lo que acabo de mencionar, es decir, la vigilancia, la custodia y la protección del paciente.

Otra diferencia que tenemos con lo que nos acaba de decir la profesora Cristina Amato es que en Colombia no hay sistema de garantía social para los casos de alea terapéutica o riesgo médico, aquí en Colombia no se ha dado la discusión con relación a aquellos eventos donde se presentan daños pero hay ausencia de culpa, es decir, casos en los que no obstante haberse seguido todos los protocolos, actuado diligentemente, prudentemente, etc., se produce un daño en el paciente. Nosotros no tenemos ninguna solución en el derecho colombiano como sí lo tiene el sistema francés con la creación de fondos. Para hacerle frente a estos eventos de alea terapéutica, ellos dividieron el tema de la responsabilidad del de la indemnización y, por ende, la indemnización de esos eventos de alea terapéutica los dejaron a cargo del sistema de garantía social, es decir, fondos de garantía y seguro obligatorio de responsabilidad civil, pero como les digo, acá en Colombia no ha sucedido lo mismo y la discusión ni siquiera se ha planteado.

Otra distinción está en lo que les comentaba hace un momento, no hay aseguramiento obligatorio en Colombia, y hasta donde yo conozco, no hay tampoco propuestas legislativas alrededor del tema, y tampoco ha tenido mucho desarrollo la materia que nos señalaba la profesora Cristina, relacionada con la prevención y gestión del riesgo, con la metodología risk management. A este respecto, podemos decir que en Colombia las entidades hospitalarias sí conocen la importancia de la prevención del daño, sin embargo, esto implica que se hagan muchas inversiones desde el punto de vista financiero, y podríamos decir que apenas empieza a hablarse del tema en estas entidades.

Entonces, cómo ven, nosotros tenemos un régimen distinto para este tema de la responsabilidad médica, yo diría que es un régimen más favorable al médico en términos generales, más favorable al médico y a la estructura sanitaria que al paciente; sin embargo, en la Corte Suprema se empiezan a presentar algunas discusiones en torno a cómo aligerar la carga probatoria para el paciente, porque de todas maneras quieren hacer que las entidades hospitalarias respondan y tengan una responsabilidad mucho más amplia, pero con lo que nos dice la profesora Cristina, en Italia ya probaron esa posibilidad y ahora volvieron el sistema anterior, en consecuencia, vamos a ver finalmente qué pasa con la jurisprudencia colombiana, si cede hacia un sistema mucho más beneficioso para el paciente o si seguimos como estamos que es a lo que Italia ha vuelto, un sistema mucho más rígido.

Bueno, creo que en términos muy generales así podría yo resumir cómo es el sistema general de responsabilidad médica en Colombia. Muchas gracias.

LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA EN COLOMBIA

MARÍA EDNA CASTRO NIETO

Profesora del Politécnico Grancolombiano

Para abordar el tema de la responsabilidad penal médica en Colombia, debemos hacer un análisis a la luz de los elementos dogmáticos del delito, es decir, primero se debe analizar si efectivamente el daño que se ha causado en razón del acto médico está tipificado dentro del ordenamiento penal como un delito desde el punto de vista de la tipicidad.

¿Cuáles son los delitos que en Colombia podrían encontrar adecuación típica a partir del acto médico? En primer lugar, el delito de homicidio, que puede ser de carácter simple o agravado; hablamos también del homicidio por piedad, conocido como homicidio pietésitico, o el homicidio culposo; también entran dentro del campo de la tipicidad por el acto médico los delitos de lesiones personales, el delito de aborto, el delito de lesiones al feto y la manipulación genética. Ahora bien, recientemente y de forma lamentable, se ha visto un enorme incremento en la comisión de delitos contra la libertad

sexual, que deslinda un poco lo que es propiamente el acto médico, pero que involucra a los médicos, en la medida en que se trata de actos que en principio tenían que ser médicos, como por ejemplo los relacionados con diagnósticos y análisis clínicos que deben hacer los profesionales de la medicina, especializados, como los obstetras y los ginecólogos, a pacientes que por su condición se encuentran en un estado de indefensión o de inferioridad, frente a un acto de abuso sexual del médico. Entonces, en esos casos se ha visto que, desde luego no se trata de propiamente actos médicos, pero la responsabilidad se empieza a analizar desde, precisamente, la posibilidad de desarrollar ese acto médico.

Por ejemplo, en materia de ginecología, se ve cómo muchos médicos realizan en sus pacientes accesos carnales, sin que necesariamente haya existido una penetración vía vaginal por parte del médico con su miembro viril, porque en materia penal el acceso carnal supone que exista penetración con el miembro viril o con cualquier otra parte del cuerpo o en cualquier orificio del cuerpo, es decir, cuando un médico realiza un examen ginecológico e introduce los dedos en la vagina de la mujer para hacer el tacto vaginal, se entiende que ahí ya hay un acceso carnal, y cuando ese acto deja de ser médico para convertirse en un acto libidinoso, en un acto que tiene una finalidad y una intención diferente a la *lex artis*, es decir, al ejercicio de la medicina, ya estaríamos frente a un delito doloso de acceso carnal, en una persona que se encuentra en incapacidad de resistir, no porque la persona esté necesariamente en estado de inconsciencia, sino porque su condición de paciente hace que esa persona no pueda resistirse, o no esté preparada para resistirse a un acto sexual abusivo, que se da dentro del curso de un examen clínico, y que la paciente considera que es normal, es decir, que hace parte de ese diagnóstico o ese examen clínico al que está siendo sometida.

Ahora bien, en el plano de la antijuridicidad, hay algunas causales de ausencia de antijuridicidad respecto del acto médico, como por ejemplo el ejercicio de una actividad o profesión lícita, porque en este caso existe una permisión por parte del Estado para realizar ciertos actos médicos, que por su naturaleza

pueden ocasionar en principio lesiones a un paciente. Entonces, cuando el médico puede ampararse en que su acto se realiza dentro del ejercicio lícito de la profesión, nos encontraríamos frente a una causal eximente de responsabilidad penal por ausencia de antijuridicidad.

Finalmente, en materia de culpabilidad, el reproche que se hace al médico de haber actuado de una manera pudiendo haberlo hecho de otra, que es lo que dogmáticamente entiende el derecho penal como culpabilidad, requiere que nos detengamos especialmente en cuáles son esas categorías de culpabilidad que son analizadas, para una responsabilidad penal por un acto médico, porque cuando hablamos de delitos dolosos, el acto médico pierde la naturaleza como tal de acto médico, y se convierte en un hecho de una persona que aprovecha su condición de profesional de la medicina para infligir una lesión a un bien jurídico protegido, ya sea de la vida, de la integridad personal o de la libertad sexual.

Pero cuando hablamos del acto propiamente médico, esto es, el que se lleva a cabo en el ejercicio de la profesión y se ocasiona la muerte, o una lesión al cuerpo o a la salud del paciente, lo que se analiza es si puede imputarse ese hecho al médico a título de culpa, para establecer su responsabilidad penal.

En Colombia no existe la diferencia que nos contaba la doctora Amato en materia de responsabilidad penal, de culpa leve o de culpa grave; la categoría de la culpa es única, no existe esa diferenciación. Hay que establecer si existió o no existió culpa, la cual se configura cuando el resultado lesivo se da por razón de esa violación al deber objetivo de cuidado, y además se trata de un resultado que es previsible y que no fue previsto, o que habiendo sido previsto se confió imprudentemente en poder evitar.

En ese orden de ideas, para efectos de establecer si existió responsabilidad del médico en el ámbito penal, siempre tenemos que ir al escenario de la culpa y establecer si se encuentran o no los elementos dogmáticos de la culpa.

En materia de responsabilidad médica, el elemento conceptual de tipo teórico que han venido trabajando las altas cortes es el de la imputación objetiva; allí la imputación objetiva ha merecido una especial consideración para resolver problemas bastante complejos en materia de responsabilidad médica.

En términos sencillos, la teoría de la imputación objetiva parte de la base de que todas las personas dentro de una estructura social tienen unas obligaciones y unos roles que deben cumplir en sociedad, y se entiende que cuando algunas de esas personas no cumplen sus roles se pueden generar daños a nivel jurídico, y de ahí surge ese primer reproche desde el lado del derecho penal, para efectos de establecer responsabilidad. De la existencia de esos roles y del cumplimiento de ellos, precisamente se entiende la posibilidad de que todos podamos confiar en que todos los participantes del tráfico jurídico van a respetar esos roles que se esperan, y surge entonces lo que se llaman las expectativas como objeto de tutela, no solo del derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, se ha sostenido que la función del sistema jurídico es la de tutelar las expectativas de todos los asociados, porque en la medida en que todos somos portadores de los roles de los cuales se desprenden expectativas de comportamiento, todos vamos a garantizar que no se produzcan resultados nocivos para un bien jurídico, así que cuando se ocasiona la muerte de un individuo lo relevante es el mensaje que se está enviando al conglomerado social, en el que se le dice que esa persona no cumple con la norma.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aplicando la teoría de la imputación objetiva, señala que para que un resultado pueda ser imputado a un sujeto, este debió haber creado un riesgo desaprobado, y este riesgo creado debió realizarse en el resultado típico, es decir, tiene que existir la concreción de esa creación de riesgo o de esa superación del riesgo permitido o del riesgo desaprobado en el resultado típico, que se ha materializado desde el punto de vista de la afectación de un bien jurídico protegido.

Recordemos también que, conforme la teoría de imputación objetiva, existe la figura que se conoce como el principio de confianza, y consiste en que quien, realizando una actividad de manera conjunta y no ostentando posición de garantía, obra confiando en que las otras personas van a cumplir con su rol, no crea un riesgo jurídicamente desaprobado.

Ahora bien, el principio de confianza que les acabo de mencionar encuentra ámbitos de aplicación en diferentes escenarios: en la administración pública, en el manejo de empresas, en el tráfico automotor, pero donde más aplicación tiene es precisamente en el campo de la responsabilidad médica, porque es muy difícil encontrar que se pueda imputar la acción del acto médico a un solo individuo, ya que los médicos llevan a cabo el trabajo en grupo, y cada uno del grupo tiene que cumplir un rol. Por lo tanto, cuando hay esa participación de varios miembros y cada uno tiene un rol, en caso de producirse un resultado dañino para el bien jurídico, ese resultado debe imputarse a la persona que tenía a cargo la evitación del resultado, de acuerdo con esa distribución de tareas, no a todo el grupo médico, ni a todos los médicos, siendo entonces improcedente la imputación de resultado a todos los demás miembros del equipo, en tanto han estado amparados por el principio de confianza en el cumplimiento de todos los roles que le corresponde a cada uno de los miembros del equipo, y los demás no han creado riesgos jurídicamente desaprobados.

Concluimos, entonces, que para que opere el principio de confianza se requiere: primero, la realización de un trabajo en equipo, dentro del cual las funciones están específicamente vinculadas, de manera que existe plena claridad sobre lo que le competen a cada uno de los miembros del equipo, y a su vez que la persona que comete el hecho no tenga posición de garantía.

Vamos a poner un ejemplo. La jurisprudencia recientemente resolvió el siguiente caso: un médico delega a una enfermera que lleve a cabo una curación en un paciente, la enfermera se encuentra en estado de embriaguez y durante la curación no utiliza solución salina sino usa yodo. El paciente quien

previamente ha informado que es alérgico al yodo hace una reacción alérgica. En este caso, por ejemplo, no procedería la aplicación del principio de confianza, porque la enfermera estaba ebria, entonces el equipo no podía esperar que ella cumpliera con su rol, así que todos responden.

Otro de los puntos problemáticos es el tema relacionado con la coautoría de los delitos imprudentes, es decir, con la coautoría en la realización de un acto médico que genere una lesión. En sentencia del 8 de noviembre de 2007, Colombia tomó por primera vez partido para admitir la coautoría en los delitos imprudentes, precisamente en cuanto a la responsabilidad médica; antes no se había entendido la posibilidad de que pudieran ser coautores desde el punto de vista culposo varias personas en la realización de un tipo penal; se trató en este caso de una mujer en estado de 25 semanas aproximadamente de embarazo, que se había diagnosticado con una placenta previa, ingresó al hospital de Bogotá después de manifestar síntomas de sangrado vaginal y expulsión de coágulos por dicho conducto, por lo cual recibió la atención y el tratamiento que le prescribió el médico que en ese momento la atendió en la entidad, y le dio de alta dos días después. Más tarde la señora siguió sangrando y volvió nuevamente a ingresar al hospital siete días después, y fue atendida ya no por el primer médico tratante, sino por el director del hospital, quien le realizó un tacto vaginal para poder determinar la gravedad del estado en qué se encontraba la señora. En los días siguientes el cuidado y la atención de la señora estuvo a cargo del médico que la había atendido por primera vez, entonces fíjense cómo aquí han intervenido dos médicos en el tratamiento de una paciente, y después de intentar de manera infructuosa que recibiera por parte de las entidades que la estaban tratando los tratamientos que se requerían, el esposo se llevó a la señora de ese hospital de urgencias y la llevó a otra clínica, sin embargo la señora tuvo que ser intervenida quirúrgicamente en ese otro centro hospitalario, dio a luz de manera prematura, y por el estado en que se encontraba murió ella y también el bebé.

En este caso en particular se estableció que existía una coautoría impropia en la medida en que no existe desde luego un acuerdo de voluntades dirigidos

a la comisión del hecho. El juez que conoció del proceso condenó a los tres médicos que habían intervenido como coautores de homicidio culposo, a la pena de 36 meses de prisión, y la Corte Suprema de Justicia —tras realizar una juiciosa disquisición— realizó entonces en esta sentencia una diferencia entre lo que es la coautoría propia y la coautoría impropia, para efectos de establecer un sistema de responsabilidad penal en materia de responsabilidad médica.



E-ISBN 978-958-8721-70-5



9 789588 721705