

La responsabilidad jurídica por el acto médico. Su componente institucional

María Patricia Castaño de Restrepo
Directora Especialización en Derecho Médico-Sanitario
Universidad del Rosario, Colombia

Voy a enfocar mi presentación acerca de las diversas responsabilidades jurídicas que se pueden afrontar por el acto médico, desde la perspectiva de prevención y gestión de riesgos jurídicos en el sector de la salud. Aclaro que los riesgos a los cuales haré alusión, son jurídicos, y que he querido hacer la presentación con este enfoque de la prevención y gestión de dichos riesgos, porque creo que es la temática dentro de la cual debemos incursionar todos en materia de la gestión en salud. Desde luego que en el sector de la salud se debe hablar y gestionar la prevención de muchos riesgos, de diversas clases, dentro de los cuales están los riesgos jurídicos, que son muy importantes, como lo vamos a ver, y que desgastan enormemente al personal, o al recurso humano en salud. Además, muchas veces, sus consecuencias implican para los actores del sistema, para las instituciones de salud, para los Estados, el que los presupuestos que se requieren para prestar realmente un servicio de salud con calidad, sean utilizados para pagar indemnizaciones, pagar honorarios de abogados, multas y otras series de sanciones, lo cual es un despropósito.

Por eso, quiero de entrada, con este matiz que le he dado al tema, llamar la atención del auditorio y hacer la propuesta de introducir con mayor fuerza en nuestros países –lo que se ha hecho ya en algunos países europeos, e incluso en pocos de América– el tema de permanente importancia práctica, de la prevención y gestión de riesgos, de todas las clases, pero en mi caso me refiero a lo que me compete, que es la gestión y prevención de riesgos jurídicos en el sector de la salud.

Lo segundo que quiero aclarar, antes de comenzar en forma mi exposición, es que las percepciones, los perfiles en el abordaje de toda esta temática son muy diferentes dependiendo de la formación que tenga cada uno de los actores, intérpretes, doctrinantes. Me explico. Es difícil encontrar una conciliación muy profunda entre el universo del Derecho y el universo, por ejemplo, de la Salud Pública; entre el discurso del Derecho y el discurso de cada una de las profesiones de la salud, pese a que se tenga un común denominador y es que todas son disciplinas esencialmente humanísticas, lo cual debe servir como punto de partida para el entendimiento interdisciplinario.

Creo que se pueden dar acercamientos grandes. Por eso, en los postgrados de Derecho Médico y Sanitario he introducido una temática relacionada con lo que es la salud pública, los sistemas de salud, en los planes de atención- y de beneficios, etc., todo esto, porque me parece que es fundamental.

Estoy de acuerdo en que al personal sanitario hay que formarlo, obviamente, en las áreas específicas de cada disciplina, pero también que conozca las implicaciones legales de su trabajo, que conozca cuáles serían las posibilidades de su vinculación, sus derechos y obligaciones jurídicamente hablando, etc., y por eso creo que a esto hay que darle un marco temático más integral.

Pero, debo advertir algo: pese a creer en la interdisciplinariedad, pese a creer en que todos debemos aproximarnos al conocimiento del otro y que a los abogados nos falta mucho en esta aproximación frente a lo que es la salud pública, los sistemas de salud, etc., definitivamente hay cosas que parecieran ser irreconciliables desde el punto de vista del Derecho y desde el punto de vista de la perspectiva de la Salud Pública, y ustedes, imagino que la mayoría son expertos en esta temática y van a encontrar el discurso un poco diferente al que ustedes utilizan. Por eso hago esa elemental advertencia.

Vengo insistiendo, como ya dije, en que es necesario acercarnos a ambas temática, y de hecho, he creído que hay que empezar estos cursos, o los postgrados, inclusive a veces los congresos, con un pequeño preámbulo de un intento en nivelación conceptual para que todos los asistentes que pertenecen a disciplinas distintas puedan tener unos parámetros elementales de comprensión de los temas a desarrollar durante el evento académico respectivo. Pero hay cosas que son inconsistentes desde el punto de vista académico y práctico en la formación que nos han dado las universidades. Para mí es incomprensible que siendo las disciplinas de la salud esencialmente humanísticas, en las facultades de Medicina, de Odontología, de Enfermería, etc., no solamente de Colombia, sino de muchos países del mundo, no se comienza la formación académica con una cátedra elemental que tendría que existir, que es la cátedra de los derechos humanos. Y estoy hablando de formación, no de instrucción, porque hay una gran diferencia que todos comprendemos.

Entonces, ¿qué nos hemos encontrado? que temas como, por ejemplo, el de consentimiento informado al paciente ha dado una dificultad enorme que se introyecte o asimile, por parte de los profesionales sanitarios, porque algunos han pensado que eso era un capricho de los abogados. Todo el mundo habla de ese tema, pero muy poquitos valoran su verdadera importancia.

Todavía y por hoy, con todo lo que se ha hecho en el mundo en materia de ese tema, por tomar simplemente uno de los ejemplos, nos encontramos que si uno hace un sondeo, si uno hace un pequeño examen y le pregunta a un

profesional de la salud, a una enfermera o enfermero graduados, ¿qué es el consentimiento informado? le contestan: “es un papelito que hay que llenar para que le operen o le hagan un procedimiento”.

Se ha reducido un tema tan hermoso desde el punto de vista humanístico a una mecánica de un documento. El documento es importante, probatoriamente, como constancia del cumplimiento de unos deberes, pero **lo importante, la esencia es el proceso de comunicación humanística que tiene que existir entre el profesional sanitario, el paciente usuario, a veces su familia, o el o los representante(s) del paciente.** Se trata del proceso de comunicación a través del cual se protegen derechos humanos fundamentales, el derecho a la información, el derecho a la libertad - a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, y muchos otros.

Entonces, nos hemos encontrado que como los profesionales sanitarios carecen de una cátedra inicial sobre derechos humanos, muchas veces no conocen la dimensión tan profunda tanto desde el punto de vista jurídico como ontológicamente hablando de todos y cada uno de estos derechos. Muchas veces se piensa que prácticamente los únicos derechos del paciente son el derecho a la vida y a la salud, que son fundamentales, eso no tiene lugar a dudas. Y de ahí se considera que los otros son secundarios. Y eso no es cierto. Otro ejemplo, se viola constantemente la obligación de guardar el secreto profesional, en parte porque existe desconocimiento de la trascendencia del derecho humano a la intimidad y su protección jurídica.

Entonces, nos encontramos en todos los hospitales y clínicas del mundo, que el derecho a la intimidad de los pacientes es algo que va y viene, y se habla en los pasillos de aspectos y datos íntimos de un paciente con una ligereza, sin siquiera vislumbrar el daño que se está haciendo y esto sucede muchas veces por ingenuidad, por ignorancia, otras veces, muy pocas creo yo, por mala voluntad.

De modo que llamo la atención de esas dificultades que existen entre la interrelación conceptual, entre la formación de un abogado y la formación de un profesional sanitario.

Pero, además, quiero llamar la atención sobre otro aspecto. Nos hemos centrado mucho, a mi modo de ver, en que el recurso humano está en el sector público, sin embargo, en la mayoría de nuestros países el sector privado ha venido a complementar enormemente las obligaciones en materia de servicios de salud, y del manejo del riesgo de salud de la población.

En Colombia el sector privado es un protagonista de los servicios de salud y del aseguramiento en salud. Sé que en muchos países se comparte esta situación, con mayor o menor intensidad, pero se comparte, e inclusive hemos visto como una de las características de las tendencias que hay en materia de

regulación en salud, donde hay que incluir en la regulación todo lo que tiene que ver con el sector privado.

Vamos ahora al plan de la exposición que voy a desarrollar. Primero hago una introducción sobre el marco general de riesgos jurídicos en salud, comenzando por el concepto de Derecho Médico, sobre lo cual no hay una posición pacífica, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia internacional, pero les advierto que me parece un desgaste innecesario, entrar en este momento en la discusión acerca de las nociones del Derecho Médico-Sanitario, puesto que el objeto central de esta exposición es otro. Lo que les quiero decir es que la tendencia es a que aún en la concepción de Derecho Médico, que inicialmente podría pensarse que en estricto sentido jurídico debería sólo hacer referencia a la regulación exclusiva de la actividad del médico, se han ido incorporando otros contenidos, como lo vamos a ver en seguida.

Me parece que esta discusión ha sido muy importante. Se ha librado en muchos escenarios académicos, pero no quiero situar mi exposición en eso. Simplemente, en esta introducción comenzaré por el marco general de la gestión y prevención de riesgos jurídicos en salud, y obviamente, ubicando el tema dentro del contexto del Derecho Médico.

En un primer punto de los tres básicos de mi exposición, trataré de las principales responsabilidades jurídicas personales, es decir, las que se aplican a las personas jurídicas individuales o que algunos llaman naturales, sean profesionales o no. El recurso humano en salud, todos sabemos que no está totalmente profesionalizado, y tenemos que atender también al recurso humano que no es profesional, y por lo tanto, saber qué responsabilidades jurídicas se le pueden aplicar. También he querido incluir las responsabilidades jurídicas institucionales. Por lo menos darles algunas nociones y características sobre la responsabilidad jurídica institucional.

En segundo lugar, quiero hacer énfasis en la responsabilidad disciplinaria interna, la que se aplica al interior de cada institución de salud. Y ahí también hay un marco regulatorio.

Yo he estado muy atenta a las intervenciones en este taller y he aprendido mucho de ustedes, pero también estaba muy atenta a lo que los expertos en seguridad social y los salubristas, nos han enseñado, y la visión que tienen de la regulación, tan distinta de la visión que tenemos los abogados.

Para nosotros, los abogados, la regulación va desde las normas macro que están por ejemplo en la Constitución y fundamentan todo un sistema de salud, hasta las que están en otras esferas del ordenamiento jurídico en su jerarquización. La regulación también puede tener un carácter muy específico, como cuando frente a un conflicto en el que por ejemplo se discute la responsabilidad profesional de un médico, un profesional de enfermería, o de

cualquier otra persona, el juez respectivo profiere una sentencia y esa sentencia es una norma, que tiene efectos Inter. -partes. Hay otras sentencias que pueden tener efectos más generales. Cuando un gerente, o los directivos de una institución de salud expiden una reglamentación interna allí también están regulando. Cuando las partes celebran un contrato válidamente, también están regulando. Existe pues actividad regulatoria en distintas esferas. Obviamente no todos tenemos la potestad de participar en todas las clases de esferas regulatorias. Para ello cada Estado demarca las competencias de las autoridades respectivas y para dar cabida al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Entonces, yo quiero advertir que el tema de la regulación no se agota únicamente en las grandes esferas legislativas de un país. El tema de la regulación, por ejemplo, del recurso humano en salud, va desde lo más alto de la pirámide normativa¹ hasta la norma más sencilla, en la cual cada uno de nosotros puede que estemos participando dentro de las instituciones en las que prestamos nuestros servicios.

Mi propósito es que ustedes y yo podamos interactuar dentro de un contexto temático regulatorio que cobija desde lo más alto, donde la influencia internacional, incluyendo tratados internacionales que superan las fronteras de cada país, hasta lo más puntual de lo que ocurre en el consultorio de un médico o de un odontólogo con sus auxiliares, que también son recursos humanos en salud.

Pero tampoco debemos olvidar que no todo el personal de salud hace parte de la carrera administrativa. No. Siempre existirá personal de salud, mientras exista el sector privado dentro del sistema de salud, que no va a ser parte de la carrera administrativa. Y son temas diferentes de regulación. A eso también trataré de referirme un poco, aunque el tiempo no va a dar para ahondar demasiado, como yo quisiera hacerlo si tuviéramos un seminario únicamente sobre esta temática.

También quiero hacer énfasis en una responsabilidad que está abrumando a muchísimos de nuestros países, que es la responsabilidad civil. Yo no le puedo restar importancia, ni práctica ni teórica a esta responsabilidad. Se habla de ella por todos lados. Obviamente, tiene un gran énfasis en la responsabilidad civil médica, o por prestación médico-asistencial, de modo que en ese segundo segmento también abordaré ese tema y haré alusión a algunas sentencias muy importantes que se han dado en Colombia, sin perjuicio que podamos hablar también, desde luego, de otros países.

¹ Hans Kelsen enseñó que es el ordenamiento jurídico, aunque hoy está un poco superada esta teoría por otras explicaciones sobre la jerarquía normativa, la hermenéutica jurídica y el principio de legalidad.

Dentro de este plan, el tercer punto que voy a tratar, y que considero muy importante, es que en estos asuntos de prevención y gestión de riesgos jurídicos en salud, hay algunos temas específicos de interés, no solamente por su dimensión teórica, filosófica y jurídica, sino además por su dimensión práctica, porque suceden todos los días, y los tenemos que manejar en todos los países en materia de administración y prestación de servicios de salud.

El primer tema es la transferencia de riesgos al paciente, la aceptación de riesgos que hace el paciente cuando ha sido previamente informado y se cumple lo que impropriamente se ha denominado el consentimiento informado. El segundo tema es la problemática de los daños causados por infecciones intrahospitalarias. El tercer tema es el de la aplicación de políticas de resarcimiento como una manera de gestionar riesgos jurídicos que han ocurrido en cualquier institución de salud. Y yo agregaría ahí un cuarto tema que es muy importante, y que a raíz de una sentencia que se dio en mi país a mediados del año pasado, que tuvo eco internacional, que es la responsabilidad del recurso humano en salud por el trabajo en equipo.

He seleccionado los cuatro temas que voy a presentar, entre muchos que podría haber traído, porque me parece que tienen una gran riqueza, no solamente teórica, jurídica y filosófica, sino también en lo práctico.

Empecemos con el concepto del derecho médico-sanitario. He traído algunos conceptos de varios autores para darles una idea de cómo la temática de las responsabilidades jurídicas que puedan afrontar tanto el recurso humano en salud a nivel profesional, como a nivel no profesional, sector público y sector privado, como también las instituciones de salud en los gobiernos, están inmersas dentro del contenido básico del Derecho Médico y del Derecho Médico-Sanitario.

Comencemos muy rápidamente por estos conceptos e iré precisando mi objetivo dentro de ellos.

Celia Giglio dice, en su obra "El Derecho Médico en el Perú", que "El Derecho Médico es la rama autónoma del derecho que regula la actividad del médico, en su ejercicio profesional, la relación médico-paciente y las consecuencias derivadas de ésta." Limitar esta definición a la regulación de la actividad del médico me parece que es una visión que está muy recortada frente a lo que es, hoy por hoy, la concepción del Derecho Médico. Pero debo aclarar que quizás esa no era la real visión de la autora, ya que al hablar de la regulación de las consecuencias de la relación médico-paciente, puede ser que se amplié más su enfoque.

Lo que he subrayado es porque empiezo por las nociones más estrictas de derecho médico, y vamos hacia la tendencia en su apertura conceptual, pero

en todas las nociones, aún en las más estrictas, y en las más amplias, el tema objeto de mi exposición está inmerso en el contenido del derecho médico.

La segunda cita es de Enrique Varsi, un jurista muy reconocido de la Universidad de Lima. Dice el autor que el Derecho Médico “Es una rama especial del Derecho que brinda protección jurídica al ser humano frente a la práctica y técnicas de la medicina, estableciendo los principios básicos del Derecho a la protección de la salud.”

Esta definición es ya más amplia. Obviamente, tiene que ver con el ejercicio de las distintas profesiones sanitarias, aunque se refiere expresamente a la medicina, pero ya empieza la corriente proteccionista de la salud como fundamento intrínseco de la creación de esta categoría jurídica del derecho médico, o del derecho sanitario, y hay discusión sobre el neologismo que se debe utilizar para llamar toda esta temática, o las diferencias que pueden existir frente a cada uno de esos neologismos, frente al contexto temático que puedan predicar.

En una tercera noción que traigo, está la de Carlos María Romeo Casabona, médico y abogado muy conocido, Director de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, de la Universidad de Deusto y el País Vasco, especialista también en Derecho Penal. Dice que “El Derecho Médico es la parte del ordenamiento jurídico” –nótese que todas las definiciones hablan de que es un área del Derecho, no un área de la ciencia de la salud– “que concierne al ejercicio de la profesión médica, y por extensión a otras profesiones sanitarias, vinculadas directamente con la salud.”

Ahí van viendo por qué insisto en que no podíamos reducir la temática solamente a la actividad del médico.

Hugo Rodríguez Almada, también muy conocido médico, experto en medicina legal, dijo: “Derecho médico es la rama del derecho que estudia las relaciones de los profesionales de la salud (médico y no médicos) entre sí y con los usuarios de los servicios de la salud, con el sistema de salud y de modo más genérico, las relaciones entre las ciencias de la salud y la sociedad”.

Hasta ahí van viendo una evolución conceptual que comienza prácticamente por agotar el Derecho Médico en la regulación del ejercicio en la actividad del médico, donde está incluida desde luego, la regulación de su responsabilidad jurídica. Pero se va ampliando a otros profesionales sanitarios, y ya aquí en esta definición se incorporan otros elementos como la relación entre estos profesionales sanitarios, no solamente con los usuarios de los servicios de salud sino con el sistema de salud y las relaciones entre las ciencias de la salud y la sociedad.

Y finalmente traigo una de las nociones que yo le he dado al Derecho Médico, porque han sido varias, y algunos conocerán otras en mis obras, como “La Regulación Jurídica de las conductas, actividades, relaciones, derechos y obligaciones que son pertinentes para la protección de la sanidad en general, la salud pública y muy especialmente de la vida, salud y otros derechos humanos, como también de las distintas acciones jurídicas que se pueden emprender para lograr la protección de los derechos involucrados, y la aplicación de los procedimientos y consecuencias jurídicas tanto sancionatorias como indemnizatorias a las personas naturales y jurídicas que incurren en conductas ilícitas y que tienen incidencia en el ámbito de la salud, la sanidad, la salud pública, el equilibrio biológico, ecológico y ambiental.” Dentro de este concepto de Derecho Médico –Sanitario, ocupa un lugar muy importante las responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse a las instituciones de salud y a los profesionales sanitarios, así como también la prevención y gestión de riesgos jurídicos dentro del Sector de la Salud.

Hasta ahí quiero hacer la reflexión de que cuando hablo de la sanidad en general, no solamente me estoy refiriendo a la regulación de todas esas conductas, actividades, etc., relacionadas con el ser humano, sino también, las relacionadas con los seres vivos, con la biodiversidad del universo, con el medio ambiente, etc. Ahora, obviamente tenemos que darle un gran énfasis a la protección de la vida, a la protección de la salud y a la protección de los derechos humanos, pero no únicamente a la vida o a la salud. Como antes decíamos, existe también el derecho a la intimidad de un paciente, o de un ser humano en general, y esto es fundamental. El derecho a la autonomía es fundamental. Tan importante, que cada vez en nuestros países cobra más fuerza la posibilidad de que el paciente autónomo diga “no me dejo tratar y prefiero morir”. Y entonces viene el conflicto entre el derecho a la vida, fundamental, importantísimo, donde a los abogados y los médicos y profesionales de la salud nos formaron en que hay que proteger el derecho a la vida y eso es lo más importante. Pero, el derecho a la libertad puede ser quizás tan importante como el derecho a la vida. Eso es un paradigma que se rompió hace tiempo dentro del panorama del Derecho, en donde siempre ha estado por encima de todos los demás derechos, el derecho a la vida. Y en eso nos formaron. Hoy por hoy, podemos entender que el derecho a la libertad en muchos de nuestros países –en muchos, no en todos desde luego– después de un proceso de ponderación, puede prevalecer al derecho a la vida, porque el ser humano puede no querer vivir en las condiciones en que está, y puede, en virtud del ejercicio de su derecho a la libertad, preferir que lo dejen morir y no dejarse tratar.

De modo que, sigo llamando la atención sobre el tema de los derechos humanos. Y continúo con la segunda parte de la última cita, donde hay una conexión directa con el tema e incluye la regulación de las distintas acciones jurídicas que se pueden emprender para lograr la protección de los derechos

involucrados, y la aplicación de los procedimientos y consecuencias jurídicas (sancionatorias e indemnizatorias) a las personas naturales y jurídicas que incurren en conductas ilícitas y que tienen incidencia en el ámbito de la salud, la sanidad, el equilibrio biológico, ecológico y ambiental.” Mezclo derecho médico-sanitario en general, porque considero que no podemos establecer una línea divisoria absoluta que separe un tema de otro; cada vez nos damos cuenta que está más interrelacionado.

De modo que mi concepción del derecho médico-sanitario quizás es la más amplia de todas, y el tema que vamos a tratar hoy está inmerso definitivamente como uno de los temas fundamentales de ese contexto temático del derecho humano.

Siguiendo con esta introducción, voy a acelerar un poco esta parte, porque el tema tampoco es la gestión y prevención de riesgos jurídicos.

Quiero mencionar unas nociones muy elementales de riesgos y eventos adversos, y para ello, citar algunos tratadistas, entre ellos Francisco Miranda Suárez, de Chile, que viene haciendo una gran labor académica en materia de prevención y gestión de riesgos jurídicos en salud. Para este autor, el riesgo es el “Evento o resultado no esperado, que es imputable a la atención y no derivado de la enfermedad de base”. Y para él, riesgo médico-legal “Es la probabilidad de pérdidas directas o indirectas para un profesional o establecimiento de salud, por reclamaciones o ejercicio de acciones legales destinadas a obtener indemnización de los supuestos perjuicios sufridos por un paciente, por los actos u omisiones que le han causado daño, o por el incumplimiento de deberes propios de su actividad”.

Allí yo me aparto de esa noción, aunque es una noción bastante reiterada por los especialistas en prevención y gestión de riesgos jurídicos en salud, porque a mí me parece que el riesgo médico-legal –y este es uno de los objetivos que yo quiero cumplir con esta exposición– no se agota en el riesgo de asumir una responsabilidad indemnizatorio-civil o patrimonial del Estado. Porque el único riesgo jurídico que puede afrontar el sector de la salud no está en las consecuencias indemnizatorias. Hay otras cantidades de consecuencias jurídicas que generan impacto. El pago de multas para un profesional o para quien no es profesional, el cometer un delito y tener que afrontar una pena privativa de la libertad, u otro tipo de sanción prevista en la regulación penal de su país, como la suspensión del ejercicio de un derecho, como la patria potestad, o la suspensión del ejercicio de la profesión, arte u oficio, esas son consecuencias jurídicas importantes. Son riesgos jurídicos importantes que hay que tratar de prevenir y, si no se pudieron prevenir, hay que tratar de gestionar en la mejor forma posible.

De modo que me aparto de la mayoría de los tratadistas en prevención y gestión de riesgos jurídicos en salud, que agotan el riesgo médico-legal en la

parte de las indemnizaciones. Para mí es mucho más amplio, y ese es uno de los objetivos que pretendo cumplir con mi exposición, mostrarles cómo es de amplio este universo jurídico del Derecho, en cuanto a los riesgos jurídicos del sector de la salud.

Las causas de los eventos adversos son muchas y todos las conocemos. Simplemente quiero hacer una enunciación de tres factores básicos, dentro de muchos otros que se tienen en cuenta.

El origen del evento adverso puede provenir de un factor técnico, no tener los recursos adecuados, no utilizar la tecnología adecuada para evitarle riesgos injustificados al paciente, etc. O bien de un factor organizacional como malos procesos administrativos, no facilitar la atención que requiere el paciente en su oportunidad y, por lo tanto, se le somete a la intervención quirúrgica cuando ya han aparecido otra serie de secuelas, etc.

Y, desde luego, el tercero es el factor humano, por parte del operador en cada momento y actividad. Y cuando hablo del operador no es únicamente el que hace una intervención quirúrgica, sino el operador concreto, de carne y hueso, que presta el servicio de salud, quien puede cometer un error. Pero esos errores a veces son justificados, otras veces no son justificados, y por eso hablo de hipótesis culposas y no culposas en la prestación de los distintos servicios.

Tenemos que “los profesionales sanitarios y las instituciones de salud pueden producir eventos adversos, dañosos o no”, porque un evento adverso no siempre es un daño jurídicamente hablando. Para hablar de daño se requiere que tenga unas características muy puntuales que no vienen al caso; cuando hablemos sobre responsabilidad civil voy a volver sobre esto, y si tengo tiempo profundizo algo, pero no todo evento adverso en salud es daño jurídicamente hablando.

Quiero que ustedes tengan en cuenta que el recurso humano en salud, las instituciones de salud, el sector público y el sector privado de la salud, en cada país tiene una potencialidad de generar múltiples eventos adversos. Cuando hablo de Derecho hablo también, desde luego, de regulación, pero el derecho no se agota en el derecho positivo, es decir, en la norma escrita, pero aún acudiendo sólo a la norma escrita, el derecho tiene que ser tan exigente, el Estado tiene que tener un gran intervencionismo en la legislación relacionada con la actividad sanitaria, porque hay que tratar de proteger a la comunidad, y los derechos humanos de cada uno de sus integrantes, de todos estos eventos adversos que pueden suceder por parte de los actores de un sistema de salud.

La prevención y gestión de riesgos es un engranaje, un engranaje que nos falta mucho por armonizar. Para que haya prevención y gestión de riesgos, todos los actores de un sistema de salud –y desde luego estoy incluyendo al recurso humano en salud– tenemos que habar un lenguaje común. Y dentro de

ese lenguaje, además de incorporar el lenguaje que ya hemos visto de lo que es la seguridad social, o los sistemas de salud, el mundo de la salud pública, etc., hay que incorporar el lenguaje jurídico respectivo. Si no hay capacitación, si no hay formación del recurso humano en estas temáticas, ¿cómo vamos a poder hacer realmente prevención y gestión de riesgos jurídicos en salud?

Invocando a Francisco Miranda, utilizo su definición de lo que es el proceso de prevención y gestión de riesgos, como “el conjunto de acciones que, aunque no garanticen la ausencia de eventos adversos, tratan de minimizar sus posibilidades de ocurrencia, dentro de costos sostenibles.”

Los objetivos de la gestión de riesgos son muchos. Algunos de ellos:

- Mejorar la seguridad de los pacientes;
- Mejorar la seguridad de los profesionales y de la institución;
- Reducir los costos de las atenciones; y
- Prevenir y/o manejar adecuadamente el riesgo legal.

En gestión de riesgos, se tiene que incorporar varios temas, pero traigo a colación estos porque tienen que ver con lo que voy a exponer en seguida.

Hay unos eventos adversos que son prevenibles. Hay que tratar de evitarlos. Hay que tener no solamente toda una estrategia científica, técnica, organizacional, y demás, sino jurídica, para tratar de prevenir esos eventos adversos que tienen esa naturaleza. Pero, hay otros eventos adversos que no son prevenibles. Por ejemplo, los riesgos inherentes a cada procedimiento, donde la ciencia no ha podido avanzar hasta el punto de lograr asegurar que se eviten. Son los riesgos propios que pueden generarse. Así no haya habido culpa en la prestación del servicio, así el servicio se haya prestado de forma intachable desde el punto de vista técnico y científico, es posible que el paciente no se cure, o que haga una reacción anafiláctica, o que se complique, pero esa complicación puede ser propia de condiciones, por ejemplo, idiosincráticas del organismo de cada paciente, etc.

Existe, pues, este tipo de eventos adversos que no se puede asegurar que no van a ocurrir, y que siempre hay posibilidad de que ocurran, porque no se ha logrado avanzar hasta el punto de poder garantizar en un cien por ciento que se pueden evitar. Pues ahí hay que hacer un reconocimiento, un mapa de riesgos, hay que hacer una aceptación de que puedan ocurrir, hay que hacer una transferencia adecuada de esos riesgos al paciente, y ahí volvemos con el tema de la información, del consentimiento informado, hay que implementar el aseguramiento a través de las pólizas, por ejemplo, de responsabilidad civil y otros tipos de seguros, y hay que aplicar, muchas veces, políticas de resarcimiento para o bien corregir el daño causado, o limitar la extensión de la complicación.

Ahora quiero entrar al primer tema central de la exposición, que es el de las responsabilidades jurídicas personales, institucionales y sus consecuencias.

En la mayoría de nuestros países se prevé que las personas naturales, el recurso humano, bien profesional o no profesional, y las personas jurídicas inmersas en el sector de la salud, que está compuesto también por el sector público y el sector privado, pueden asumir responsabilidades jurídicas de múltiples clases. Algunas son de naturaleza eminentemente sancionatoria, donde lo que pretende el Estado, a través de su poder sancionador, es reprender, de alguna manera, al infractor de una norma.

Es fundamental tener siempre en cuenta un caso que se somete a estudio, cuál es la norma que supuestamente violó el posible infractor. Porque dependiendo de esa norma, tendremos que orientar qué tipo de responsabilidad jurídica vamos a aplicar, quién es el órgano competente para conocer de este proceso de investigación y posible sanción, qué procedimiento está previsto en el ordenamiento jurídico para evaluar esa conducta, para otorgarle al investigado todas las garantías procesales para que pueda ejercer legítimamente el derecho a la defensa. No todos los procesos son iguales, no todos los términos son iguales, no es lo mismo un proceso penal que un proceso ordinario civil, ni una actuación administrativa, por ejemplo, ante una superintendencia de salud, etc.

Otro parámetro evidente de distinción son las consecuencias jurídicas, es decir, las sanciones o las indemnizaciones que se pueden aplicar como consecuencia jurídica después de haber visto que este infractor realmente cometió una falta por violación a la norma X, que hay un órgano competente que orientó esa investigación y ese proceso, que se agotó el procedimiento que estaba previsto en la legislación para investigar a ese infractor por ese tipo de faltas, y que se puede imponer una de las consecuencias jurídicas previstas con anterioridad a la realización de la conducta de ese posible infractor, una de las consecuencias que la legislación previó para castigar de alguna manera a este infractor.

Los profesionales sanitarios pueden asumir las siguientes responsabilidades jurídicas, que son las más frecuentes, pero no son las únicas. Dependiendo de cada país pueden variar, pero además, dependiendo de cada país, se pueden incorporar otras. Trataré de introducir dentro de la exposición las que son más frecuentes, las que casi todos los países tienen reguladas dentro de su ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debemos referirnos a las responsabilidades que algunos llaman de naturaleza puramente sancionatoria, con ellas se intenta castigar de alguna manera sancionar, como su nombre lo dice, al infractor por el solo hecho de haber violado una norma, aunque con esa violación no haya generado a un tercero un daño susceptible de indemnización.

Entre esas responsabilidades sancionatorias, encontramos como importantes a las Disciplinarias, tales son por ejemplo, aquellas que sancionan al profesional, o al servidor público, por el incumplimiento de una norma que regula el ejercicio de su profesión o por la violación de normas disciplinarias en general, respectivamente. Dentro del sector de la salud y el recurso humano en salud se habla mucho de responsabilidades ético-profesionales, que surgen, como en Colombia, por la violación de normas consignadas en códigos de ética profesional, como por ejemplo, la ley o código de ética médica, la ley de ética odontológica, etc. Dentro de las responsabilidades sancionatorias están también las responsabilidades administrativas, las que se pueden afrontar ante los organismos de vigilancia, inspección y control del sistema de salud que existe en cada país, por ejemplo, y la responsabilidad penal que surge por la comisión de delitos y contravenciones, entre otras.

Estoy haciendo un planteamiento muy genérico.

Tengo que aclarar que no todos los profesionales de la salud, o mejor dicho, no todas las profesiones de la salud en todos los países tienen exactamente la misma clase de regulación, y en un mismo país incluso uno se encuentra que está mucho más regulado desde el punto de vista ético-profesional, por ejemplo, el ejercicio de la medicina, el ejercicio de la odontología, el ejercicio de la enfermería, que otras clases de disciplinas sanitarias.

Pero, digamos que, en ese orden, y atendiendo a lo que es básicamente el objetivo de mi exposición, según lo asignado por la coordinación académica de este evento, y que es la responsabilidad jurídica por el acto médico, pues no hay duda que en la mayoría de nuestros países está regulada la responsabilidad ético-profesional del médico. En muchos está regulada también la responsabilidad ético-profesional de los odontólogos, de los profesionales de enfermería, de los bacteriólogos, de instrumentadores técnico-quirúrgicos e incluso, de otras ocupaciones dentro del sector de la salud no estrictamente profesionales.

Como lo decía, la responsabilidad ético-profesional o disciplinaria surge normalmente por violación de una o varias normas de los códigos de ética que existen en cada país para cada profesión, y trae como consecuencia la amonestación, la censura para el profesional, y en algunos casos, la suspensión en el ejercicio de la profesión por determinado tiempo y, en algunos países, incluso la cancelación de la licencia para poder ejercer como profesional.

Sin embargo, encuentro en el derecho comparado que la responsabilidad disciplinaria de otros profesionales, como los abogados, hay sanciones mayores que nos pueden cancelar la tarjeta o licencia profesional. Uno se encuentra que frente a la regulación de esta responsabilidad de los profesionales sanitarios, la máxima sanción es la suspensión en el ejercicio de la profesión por determinado

tiempo. A veces por cinco años, como ocurre en Colombia para los médicos y los odontólogos, otras por tres años, como ocurre también en Colombia para profesionales de enfermería, pero no se ha impuesto la máxima sanción que podemos asumir otros profesionales de otras áreas, que es que nos cancelen la licencia profesional para ejercer como profesionales.

Las conductas más importantes, las faltas que dan lugar a esta clase de responsabilidad, normalmente son por incumplir el deber de información al paciente, o el deber de obtención de la voluntad del paciente en forma idónea y llenando los requisitos, o por no guardar estrictamente el secreto profesional, entre otros incumplimientos obligacionales.

Sobre la frecuencia en el incumplimiento del deber de obtener la voluntad jurídica del paciente o decisión del mismo, debo precisar, por ejemplo, que se dan casos de médicos y otros profesionales de la salud que no conocen los diez requisitos mínimos para que la voluntad de un paciente sea jurídicamente relevante y, por lo tanto, produzca el efecto jurídico de acatarla por parte del médico, de la institución sanitaria, del equipo de salud respectivo. Siendo así como todos los días se tiene que aplicar en los servicios de salud el llamado consentimiento informado. Sino no se conocen esos requisitos jurídicos, puede venir una responsabilidad disciplinaria porque no se obtuvo la voluntad del paciente en la forma que se tenía que obtener. Entonces, vemos cosas como estas, por ejemplo. Un niño nace con un problema de hiperbilirrubinemia y en la institución donde está el grupo médico dice que tiene que hacerle una exanguinotransfusión para evitar la muerte del bebé, o que le sobrevengan trastornos cerebrales tremendos. Pero resulta que el papá y la mamá de ese menor, que dicho sea de paso, también es titular de derechos humanos, como cualquier persona, pero que no está en condiciones de ejercerlos por sí mismo en este momento, dicen que por motivos religiosos, no aceptan la exanguinotransfusión. El bebé muere, o tiene muy graves complicaciones, y el equipo médico dice que ellos lo intentaron, pero los padres no permitieron la exanguinotransfusión.

La diferencia entre la concepción del personal sanitario y la concepción jurídica del problema es que ahí está inmerso de nuevo el tema de los derechos humanos, porque este bebé tiene derechos humanos, y dentro de los derechos humanos está la libertad de escoger un culto religioso, y no le pueden imponer, ni siquiera sus padres, que asuma las consecuencias de un culto religioso que todavía no ha podido escoger. Pero, lo que tiene que proteger el Derecho, es que ese menor tiene libertad de culto, así como tiene derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal, etc.

Entonces, perfectamente se podría denunciar a ese médico tratante, porque no cumplió con el deber de obtener debidamente la autorización, inclusive de la autoridad sanitaria respectiva, para realizar un procedimiento

necesario, aunque este sea rechazado por los que aparentemente tienen la representación legal de otra persona.

Otros varios ejemplos de faltas que pueden generar responsabilidad ético-disciplinaria son: conservar indebidamente las historias clínicas; abandonar al paciente en postoperatorio inmediato y no dejarle a nadie de reemplazo; violar la intimidad del paciente con no guardar el secreto profesional; en fin, son muchísimas y seguramente los expositores que tienen ese tema asignado podrán ahondar más en eso.

Otra responsabilidad jurídica es la penal. Y esa responsabilidad penal se le puede aplicar tanto a los profesionales de la salud como a los que no sean profesionales de la salud, e incluso, últimamente se viene desarrollando, por parte de los especialistas en derecho penal, la doctrina y la jurisprudencia, la posibilidad de aplicar responsabilidad penal a las personas jurídicas colectivas, corporativas, es decir, a las instituciones.

La responsabilidad penal surge de una falta que se denomina conducta punible, y esa conducta punible puede ser de dos clases. Una simple contravención, es decir, cuando se violan estatutos que normalmente tienen la finalidad de ser de naturaleza preventiva de daños y perjuicios para la comunidad, por ejemplo, se comete una contravención de tránsito, cuando se pasa un semáforo en rojo, se comete una contravención de policía cuando la persona en su apartamento coloca su equipo de sonido a todo volumen. Esas son contravenciones que son faltas menores en materia penal. Pero, las faltas mayores son los que llamamos delitos. Y dentro de los delitos que pueden ser más fácilmente cometidos por los profesionales sanitarios y también para otro tipo de recurso humano en salud, desde luego, tenemos que mencionar a los delitos contra la vida e integridad personal, por obvias razones, porque el personal sanitario está manejando procedimientos que tienen que ver con el cuidado de la vida, la integridad personal y de la salud en general.

Dentro de estos delitos contra la vida y la integridad personal, tenemos homicidio culposo, homicidio por piedad en los países en que está catalogado así, como el caso cuando el médico, el profesional de la salud, el auxiliar de enfermería o el profesional de enfermería, el técnico de enfermería, movidos por sentimientos de piedad, de solidaridad, ponen fin a la vida de un paciente terminal, un paciente que tiene una enfermedad grave irreversible y una lesión corporal grave incurable. Eso, en muchos de nuestros países, está penalizado, está elevado a la categoría de delito y se denomina homicidio, pero es un homicidio que hay que distinguirlo del homicidio simple, dado que está motivado por sentimientos de piedad, por una motivación especialmente compasiva en el sujeto activo del delito.

En mi país, la Corte Constitucional, en el año 1997, llegó a darle tanta importancia al tema de la solidaridad, al respeto a la dignidad humana, a la

libertad, y al tema del consentimiento informado del paciente, que en sala plena, en una decisión muy estrecha en mayorías, llegó a decir que podría justificar un juez penal la conducta de un médico tratante que aplicara la eutanasia en un paciente terminal, previo el consentimiento informado de dicho paciente. El delito de homicidio por piedad es un tema no despreciable, como no lo es el del aborto. Como se sabe muchos países, han elevado a la categoría de delito, esta conducta, otros la han despenalizado, y existe una posición intermedia, como la que pareciera existir en Colombia en los últimos meses, a raíz de una sentencia muy reciente, la C-355 de 2006, de nuestra Corte Constitucional, y es que en algunas circunstancias especiales de comisión, el delito de aborto se despenalizó. Por ejemplo, en casos de lo que llamamos el aborto eugenésico – viene el bebé in-útero con problemas–; también cuando el embarazo ha sido fruto de un acceso carnal violento, o cuando hay peligro para la madre en su vida o su salud, entre otras causales.

Hay otros delitos contra la integridad personal, como la omisión de socorro, la manipulación genética, las lesiones al feto. Normalmente yo considero que estos delitos tienen aplicación en sus modalidades culposas, cuando están así considerados en la legislación respectiva, porque la verdad es que me niego a pensar que un profesional de la salud, que un auxiliar de enfermería, que alguna parte del recurso humano en salud quiera tener la intención de causar o la muerte del paciente, o una lesión, etc. Y, por lo tanto, siempre creo yo que hay que predicarlos en la modalidad culposa, es decir, de una imprudencia, de una impericia, una negligencia, una violación de algún protocolo o reglamento, que no sea justificable en el mundo del Derecho.

Pero estos no son los únicos delitos que se le pueden aplicar al recurso humano en salud, y aquí quiero hacerles ver otros asuntos que normalmente uno encuentra, que en los congresos no se tratan, y es que pareciera ser que el recurso humano en salud cree que los únicos delitos que pueda cometer son los delitos contra la vida y la integridad personal, por obvias razones, desde luego. Pero hay muchos otros delitos que podrían cometer, entre ellos, el de constreñimiento ilegal, el cual es común en varios códigos penales, como el Código Penal Español, como el Código Colombiano, y de otros países. Ese es el delito que se podría aplicar al médico, al odontólogo, al profesional sanitario, al profesional de enfermería, según el caso, por violación deliberada a la autonomía de la voluntad del paciente– es un delito esencialmente doloso.

Pongo por ejemplo al paciente que pese a su condición de salud, su enfermedad, conserva las condiciones a nivel cognitivo y volitivo para poder decidir y para poder predicarse que es un ser humano autónomo, y por convicciones personales rehusa determinado tratamiento, si a ese paciente el médico lo seda y contraría su voluntad deliberadamente, podría cometer el delito de constreñimiento ilegal. Pero, no estoy diciendo que en todos los casos donde haya errores en el deber de información y en el deber de obtención de voluntad del paciente podamos llegar a predicar que la conducta es punible y que se le

pueda aplicar este delito. Porque, a veces, hay muchas circunstancias de justificación de la conducta del médico, o del profesional sanitario, o del recurso humano respectivo, en casos como el anterior.

Hay también delitos contra la intimidad. El derecho a la intimidad es un derecho humano bellísimo. Hay un movimiento reivindicador a nivel mundial del derecho a la intimidad. Esos delitos contra la intimidad pueden ser por ejemplo, la divulgación y empleo de documentos reservados. La historia clínica, en la mayoría de nuestros países, está protegida por una reserva legal y es un tema muy importante dentro del universo del Derecho Médico, que es la protección legal de los datos del paciente, o los usuarios de los servicios de salud. Cuando se comunica la información de la historia clínica a un tercero sin estar justificada esa conducta podría cometerse este delito. Podría..., pero no en todos los casos.

Hay delitos contra la fe pública, es decir, la confianza que tiene que existir en una sociedad de que los documentos, los instrumentos y papeles circulantes, etc., sean veraces, su contenido sea cierto. Y ahí tenemos los delitos de falsedad en documento público, falsedad en documento privado. Basta tomar dos ejemplos. Normalmente, un certificado de defunción es un documento público en la mayoría de nuestros países. Si se expide un certificado de defunción que no es cierto, que es falso, pues obviamente se puede cometer ese delito.

En el caso de las historias clínicas, si se consigna una falsedad ideológica, es decir, si la historia dice lo que no es cierto, esto lo denominamos falsedad ideológica. O si se comete una falsedad material, se borra, se reemplaza, hay una enmendadura no justificada en el texto de una historia clínica, también se podría cometer un delito, si hay la intención. Desgraciadamente, es frecuente encontrar que los propios médicos y profesionales sanitarios alteran el texto de historias clínicas. Esa es una posición dolosa, una conducta dolosa y deliberada para unos fines. De modo que allí se podría cometer ese delito de falsedad en documento público o privado, dependiendo si en cada país la historia clínica es considerado un documento público, pero reservado, o un documento privado, pero reservado.

La supresión, ocultamiento o destrucción de un documento público o de un documento privado son otros de los delitos. A veces uno encuentra historias en las que falta un folio, y se pierde justamente el folio más importante, donde radicaba la prueba fundamental para dirimir la controversia. Esto es también muy frecuente. Todos conocemos de estas situaciones, de modo que no solamente los delitos contra la vida y la integridad personal, son en los que puede incurrir el personal sanitario.

Delitos contra el patrimonio económico, Vg, la estafa. Hay conductas más frecuentes de lo que nos imaginamos. Podría ocurrir que un médico acuerda con

su paciente hacerle una cirugía estética, de carácter puramente embellecedor, que no está cubierta ni por el sistema de salud pública, ni por el sistema de cobertura privada que tenga el paciente, pero que le da la apariencia de hacer otro tipo de cirugía, por ejemplo, en materia de otorrinolaringología, para que la cubra el sistema y poder el médico devengar unos honorarios, y también que el paciente tenga un beneficio indebido. ¿No estaría en ese caso cometiendo una estafa? Quiero llamar la atención sobre todo eso y decir que tenemos, en términos de regulación, ser estrictos, porque esas conductas no pueden tener asidero en los ambientes sanitarios de nuestros países.

Los delitos contra la salud pública, también son otro ejemplo, tales son la violación de medidas sanitarias, propagación de epidemias, propagación de VIH –en los países en los que el código penal ha incluido este delito–, corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, etc. Son delitos que normalmente, en casi todos los códigos penales están previstos. Entre muchos otros que podríamos seguir citando.

En la responsabilidad penal, ya dije que normalmente las consecuencias jurídicas que pueden aplicarse son penas privativas de la libertad, prisión, arresto, multas, y también la suspensión en ejercicio de algunos derechos, como por ejemplo, si el médico cometió un delito de homicidio, así sea culposo, en el ejercicio de su profesión, posiblemente el juez penal respectivo, además de la pena de prisión que le imponga, le aplique también una pena accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión por determinado tiempo, de acuerdo con lo previsto en la legislación penal respectiva de cada país para el efecto.

También los profesionales de salud pueden asumir responsabilidades de naturaleza indemnizatoria. Si es un particular, y por eso sigo involucrando al sector privado, esa responsabilidad indemnizatoria que tiene como finalidad que se indemnice patrimonialmente los daños y perjuicios causados ilícitamente a otro, esa responsabilidad indemnizatoria, reitero, se denomina estrictamente responsabilidad civil, y todos habrán oído hablar de este tema.

Pero, si ese profesional, o ese no profesional, ese recurso humano, o mejor, ese individuo que hace parte del recurso humano en salud, causa ilícitamente un daño a otro, y es un servidor público, entonces también puede afrontar una responsabilidad indemnizatoria que ya no se denomina estrictamente civil en muchos países, pero que es muy parecida a la responsabilidad civil. Hago la distinción porque lo encontrarán con nombres distintos en la legislación. En derecho comparado, esto se llama una responsabilidad administrativa indemnizatoria del servidor público frente al Estado. Pero también tiene como objetivo reparar los daños y perjuicios causados por ese servidor público, sea profesional de la salud, o no.

En relación con las instituciones de salud, con la responsabilidad jurídica institucional, las instituciones de salud, tanto las administradoras-aseguradoras,

como las prestadoras de esta clase de servicios, también se están viendo enfrentadas con mucha frecuencia a afrontar procesos jurídicos que tienen como finalidad imponerles sanciones, multas, cerrarles ciertos servicios, cancelarles la licencia para funcionar, y otra serie de consecuencias jurídicas que, dependiendo de cada país y el desarrollo que tenga lo que se denomina la vigilancia, inspección y control de los servicios de salud, son diversas.

También las personas jurídicas corporativas pueden afrontar responsabilidades indemnizatorias, es decir, indemnizar los daños y perjuicios causados ilícitamente a un paciente. Si la institución es pública, va a tener un tratamiento frente a la indemnización de esos perjuicios. Si la institución es privada, va a tener otro tratamiento. Lo que me interesa, por el momento, es que ustedes tengan claro que tanto las personas jurídicas individuales –naturales– como las personas jurídicas colectivas, corporativas es decir, tanto el recurso humano en salud, como las instituciones de salud, pueden asumir responsabilidades indemnizatorias, cuyo fin último es que reparen, si es posible, o al menos compensen los daños y perjuicios causados ilícitamente a un paciente, o a terceras personas, porque no solamente los pacientes son las víctimas en este tipo de acciones u omisiones ilícitas, también muchas veces sus familiares y otro tipo de personas.

Ahora paso a una clasificación general de las responsabilidades jurídicas. La responsabilidad que se puede aplicar a la persona natural la denomino “personal”, y dentro de esta responsabilidad tenemos que distinguir las que se le aplican a los profesionales sanitarios y las que se le aplican a las personas comunes- no profesionales.

A nivel de los profesionales, se les puede aplicar responsabilidad de naturaleza sancionatoria, como por ejemplo, la disciplinaria interna, este es un nombre que yo he utilizado para distinguirla de otro tipo de responsabilidad disciplinaria. Explico a qué me refiero. La falta, la conducta, consiste en que esa persona natural que integra ese recurso humano sanitario, que tiene la condición de ser profesional de la salud en la disciplina que sea, viola una o más normas de los estatutos de esa institución, viola el contrato por el cual está vinculado, viola un reglamento, etc., y la institución respectiva le impone una sanción prevista en su ordenamiento jurídico interno.

También tenemos a nivel de responsabilidad sancionatoria la disciplinaria del servidor público, que es, en la mayoría de nuestros países, exclusiva para quienes ostenten la condición de ser servidores públicos. En Colombia, esta responsabilidad disciplinaria del servidor público no tiene como destinatarios exclusivamente a los servidores públicos. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que es nuestro Código Único Disciplinario, dice que también se podrá aplicar a los particulares que realicen ciertos tipos de contratos con instituciones públicas, todo con miras a proteger precisamente a las instituciones públicas, al patrimonio público de ciertas acciones de los particulares. De modo que, aunque

se denomina responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, y se aplica mayoritariamente a los que ostenten esta condición, no se agota allí en algunos países, como en Colombia.

La responsabilidad administrativa es múltiple porque depende del grado de regulación que exista en cada país en materia de inspección, vigilancia y control del sistema de salud. Entonces, hay unos países mucho más organizados, con unos órganos de inspección, vigilancia y control, con unas competencias específicas muy bien reguladas para poder aplicar ese tipo de sanciones administrativas a los profesionales.

Pongo un ejemplo de lo que puede ocurrir en Colombia. Colombia es un país de leyes, hay leyes para todo, y el sector de la salud está ampliamente regulado. Allí tenemos unas facultades expresas para los organismos de inspección, vigilancia y control, y además con el sistema de habilitación, de acreditación y todo eso, hay recursos para aplicar este tipo de responsabilidad.

La Superintendencia Nacional de Salud puede sancionar por muchos motivos o faltas. Voy a poner como ejemplo, el caso del director de un servicio de urgencias al que llegó un paciente, y no le dieron la atención inicial de urgencia, que por ley en mi país es obligatoria para toda persona que requiera una atención inicial de urgencia, tenga capacidad de pago, o no, tenga una cobertura de parte de la seguridad social, o de otro tipo de actor del sistema, o no la tenga. La atención inicial de urgencia es obligatoria. Y la Superintendencia puede imponer sanciones excepcionalmente al personal, pero obviamente también a la institución respectiva, y ya con eso pasaríamos a la responsabilidad de las instituciones, y a la institución la pueden condenar al pago de una multa. De modo que eso está claramente definido en mi país. Eso como ejemplo de responsabilidades administrativas.

Hay otras responsabilidades tributarias-aduaneras, fiscales, que obviamente a cualquier persona se le pueden aplicar, sea profesional, o no sea profesional, pero a esas no me voy a referir. Y las indemnizatorias, si es un particular, o es un profesional, o es un recurso humano, pues se llamará responsabilidad civil, y si no, si es un servidor público, se llamará responsabilidad administrativa patrimonial frente al Estado.

A las personas comunes, es decir, a quien no es profesional de la salud, pero está inmerso en la administración y prestación de un servicio de la salud, se le aplican todas estas responsabilidades menos la que es exclusiva para quien ostenta la condición de ser profesional, que es la ético-profesional. Eso en el marco de las responsabilidades personales, que se le aplican a la persona individual - natural.

Las que se aplican a las instituciones o personas jurídicas son las sancionatorias, muy especialmente las administrativas, que ya mencioné que

eran múltiples y dependiendo del grado de desarrollo que tenga la regulación en materia de inspección, vigilancia y control del sistema de salud en cada país, o sea, las instituciones, y las tributarias, aduaneras, e incluso la penal que se está abriendo paso a la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas.

Las indemnizatorias se le aplican también a las instituciones, y es civil, si es una institución de naturaleza privada, contencioso-administrativa si es una institución de naturaleza pública. Pueden variar los nombres que se le den de país a país, pero más o menos estos son los nombres más utilizados. En Colombia hay una situación especial, que por unos conflictos de competencia promovidos por las reformas al Código de Procedimiento Laboral, se le ha dado competencia a la justicia laboral para conocer de las demandas indemnizatorias contra una institución de seguridad social, sea aseguradora o prestadora de servicios de salud de naturaleza privada. Puede conocer la justicia laboral o puede conocer la justicia civil.

Al hacer una visión horizontal de las responsabilidades jurídicas, hay que hacer una gran diferenciación en que la responsabilidad moral no es una responsabilidad jurídica.

Llegamos al segundo tema, que es el énfasis que quiero hacer en la responsabilidad disciplinaria interna dentro de un componente institucional y en la responsabilidad civil médica.

En materia de responsabilidad disciplinaria interna, estoy convencida, a medida de que los años me van dando la oportunidad de viajar y de conocer lo que está pasando en algunas de las instituciones de salud de los distintos países, que la responsabilidad disciplinaria interna, es decir, la que puede aplicar cada institución a su recurso humano especialmente, dentro de las instituciones de salud, ha sido inexplicablemente desaprovechada. Y en esto quiero hacer un llamado de atención a los abogados que asesoran instituciones de salud, y a los directivos de las instituciones de salud. Los gerentes y los directivos de las instituciones nos llaman a los abogados y dicen que el doctor X, quien es una eminencia en medicina en tal área, está llegando consuetudinariamente tarde, retrasando así toda la consulta, o retrasando las cirugías con un impacto tremendo frente a los usuarios. Pero, no saben cómo llamarle la atención. Nosotros, los abogados inmediatamente preguntamos por su forma de vinculación a la institución y concretamente por el contrato, para ver qué prevé sobre eso. Y nos encontramos con mucha frecuencia que no prevé nada. Como tampoco lo prevén muchos reglamentos y otras normas internas de la institución respectiva. Por tanto, no es fácil encontrar la solución, sin consecuencias negativas posibles para la misma.

En segundo lugar, quería también llamar la atención, dentro de esa responsabilidad disciplinaria interna, a las diferencias entre una relación laboral y

una relación civil, o de prestación de servicios, pues parece haber a veces, entre los que no son abogados, alguna confusión jurídica a respecto.

Una relación laboral es aquella que está en marcada como factor de vinculación entre la persona natural y la institución respectiva u otra persona natural por lo que se denomina un contrato de trabajo. Ese contrato de trabajo no tiene que ser escrito para que se perfeccione o surja la vida jurídica. Puede ser, incluso, un contrato verbal que trae muchos problemas para demostrar después probatoriamente cuáles eran las condiciones del contrato, pero los contratos de trabajo también pueden ser verbales. En cambio, una relación civil está marcada por un sistema de vinculación, que es a través de otro contrato que no es de trabajo, sino que tiene distintas denominaciones de acuerdo con la legislación de cada país. En muchos países se denomina contrato de prestación de servicios, o contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

La relación laboral marcada por el contrato de trabajo tiene tres elementos fundamentales: (1) la prestación personal de un servicio; (2) la continuada subordinación y dependencia del trabajador hacia su empleador o patrón; y (3) la remuneración por ese servicio prestado que se denomina salario.

La vinculación civil, o la no laboral, tiene también tres elementos sumamente parecidos pero distintos, y que han generado una problemática tremenda en el sector de la salud de los distintos países. Esos tres elementos son: (1) la prestación personal de un servicio,- que también podría ser prestación a través de otro-; (2) la potestad de supervisión o coordinación del contratante, que aunque se parece mucho no es lo mismo que la continuada subordinación y dependencia; y (3) una remuneración por esa prestación del servicio, que ya no se denomina salario, sino honorarios.

Con ese esquema, a lo que quiero llegar es a la tendencia a la informalidad en materia de vinculación del recurso humano en salud, que es un hecho notorio en todos nuestros países. Nuestro recurso humano está vinculado a las instituciones de salud, públicas o privadas no solo a través de contratos laborales, sino que últimamente la tendencia es cada vez más hacia un contrato no laboral, un contrato de prestación de servicio de salud. Y allí también tenemos que regular, a través de reglamentos, las obligaciones de ese contratista que ya no se denomina trabajador, y allí han desaprovechado las instituciones de salud la oportunidad que le da el ordenamiento jurídico de cada país para hacer esa regulación. Toda vinculación laboral tiene que estar regida por unas normas, obviamente dentro de las leyes del país en materia laboral; por el contrato laboral; y por el reglamento interno de trabajo, que así se denomina, en materia de lo que es la forma de vinculación del recurso humano en salud, especialmente los profesionales sanitarios- trabajadores. Pero las instituciones de salud, padecen de otra pobreza, la de recursos normativos. No existen normalmente reglamentaciones ni contratos pertinentes. Especialmente en las instituciones prestadoras de servicios de la salud. Entonces viene toda la

problemática porque finalmente las obligaciones del personal sanitario no están consignadas en ninguna norma expresa, ni está prevista una consecuencia jurídica o sanción por el incumplimiento a esa norma.

Quiero finalmente, porque este es uno de mis objetivos, resaltar lo que ha dicho una importantísima sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en el caso de un profesional que derivaba pacientes institucionales a su consulta privada y que fue sancionado por la institución en la cual prestaba servicios --en Colombia, la Ley de Ética Médica prohíbe inducir a los pacientes institucionales a la consulta privada²:

1. El médico, donde quiera que vaya debe ser ético, porque es una profesión humanística por excelencia. Por tanto deben cumplir la ley de ética médica, donde quiera que ejerzan su profesión como médicos.
2. Las instituciones de salud pueden perfectamente exigirles a sus profesionales sanitarios que cumplan las normas de ética respectivas previstas en el país.
3. Las instituciones de salud pueden perfectamente exigirle, o incorporar mejor dentro de su reglamento interno para la prestación de servicios médicos y de salud, como un deber de todo profesional allí, el cumplir esas normas de ética, y reenviar a esas normas, sin tenerlas que volver a describir en ese reglamento. Pero, dejarlo expresamente consignado como un deber de todo profesional sanitario.
4. Las instituciones de salud pueden perfectamente prever en esas reglamentaciones sanciones para los profesionales de la salud y su recurso humano, que incumplan las obligaciones previstas en esos reglamentos o en los contratos.
5. Las instituciones de salud pueden válidamente aplicar esas sanciones que no pueden ser las de competencia exclusiva de los tribunales de ética médica, o de ética odontológica, o de ética de enfermería, por decir algo, que pueden suspender en el ejercicio de la profesión a esos profesionales.

Dicho de otra forma, dice la Corte: pueden prever otras sanciones y aplicarlas pero no pueden suspender el ejercicio de la profesión, que es una sanción que es potestativa solo de los tribunales de ética médica respectivos.

² Sentencia del 31 de Marzo de 2003, Sala Civil Corte Suprema de Justicia de Colombia. Exp. 71-41. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Con este ejemplo, que es un antecedente jurisprudencial enorme, porque además clarifica todo el margen de responsabilidades jurídicas que se pueden aplicar, termino esa parte de la responsabilidad disciplinaria interna porque me parecía un ejemplo válido y muy interesante a nivel de derecho comparado para otros países.

Veamos ahora por lo menos una noción de responsabilidad civil antes de pasar a las conclusiones de mi presentación.

La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados ilícitamente a otros, dentro de la administración y/o prestación de servicios de la salud³.

La responsabilidad civil se fundamenta en la necesidad, como requisito *sine qua non*, que una persona natural o jurídica haya causado en forma ilícita un daño jurídicamente indemnizable. La noción de daño, jurídicamente, no es cualquier complicación o riesgo en un paciente. Esto puede ser un evento adverso, pero puede no siempre ser un daño. Daño jurídicamente indemnizable exige unas características, no solamente en su causación con ilicitud, sino que debe ser personal, cierto, etc.

En materia de responsabilidad civil hay que también distinguir, desde el punto de vista del demandado, la responsabilidad civil que se les puede aplicar a las personas individuales- naturales-, y la responsabilidad civil que se le puede aplicar a las instituciones de salud- personas jurídicas colectivas.

Hay dos clases de responsabilidad civil, desde el punto de vista de la necesidad de que haya o no un factor subjetivo de imputación, es decir, que tenga que existir o no una culpa en la generación del daño. Culpa entendida como un error de conducta en el cual no hubiera incurrido otro profesional, otra persona del recurso humano en salud, prudente, previsiva y avisada, colocada en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que actuó la persona cuya conducta estamos investigando para saber si es responsable civilmente.

Por lo tanto, hay una responsabilidad civil que se denomina de naturaleza subjetiva, donde para poder obligar a indemnizar a esa persona que causó ilícitamente el daño, es necesario que lo haya causado con culpa, con un factor subjetivo de imputación, o con una falla en el servicio. Y otra responsabilidad civil que es de naturaleza objetiva, donde no se requiere que el daño sea causado con culpa, para que surja la obligación indemnizatoria frente a la víctima. En materia del sector salud, hay avances grandes en materia de responsabilidad civil objetiva- es decir, daño causado ilícitamente pero sin culpa. Por ejemplo, en responsabilidad por productos defectuosos, por medicamentos

³ Conceptualización desarrollada partiendo de la definición de Responsabilidad Civil del profesor colombiano Javier Tamayo Jaramillo, la cual se encuentra en el volumen I de su Tratado de Responsabilidad Civil.

defectuosos o mal elaborados, por errores de laboratorios, etc. en los cuales el Estado tiene que proteger a la comunidad de ciertos daños y tiene que obligar a indemnizarlos, así aquellos no se hayan causado con culpa-impericia, imprudencia, negligencia, etc.

Por ejemplo, en investigaciones biomédicas, en mi país, la responsabilidad del investigador, a mi modo de ver, es de naturaleza objetiva. Aunque tenga permiso para la investigación, cumpla con los requisitos, obtenga la aprobación del Ministerio respectivo, dice la Resolución 8430 de 1993 expedida por el Ministerio de Salud, que si le causa un daño a ese sujeto pasivo en la investigación, que tenga relación causal con esa investigación, tiene que asegurar que va a indemnizar los daños y perjuicios que le causa. Esta es una responsabilidad típicamente objetiva.

Una distinción que hay que hacer es que hay una tendencia a considerar que la responsabilidad de los profesionales sanitarios y del recurso humano en salud es esencialmente subjetiva, es decir, que requiere culpa en la generación del daño para que pueda ser obligado a indemnizar, en cambio, hay una tendencia internacional, a considerar en muchos casos, que la responsabilidad civil de las instituciones sanitarias puede ser objetiva, es decir, que no requiere la culpa en la generación del daño. No obstante, ni la doctrina, ni la jurisprudencia es pacífica en esta materia.

Voy a tener que omitir toda la parte sobre responsabilidad civil en la que querría haber profundizado un poco, sobre el incumplimiento de obligaciones de seguridad, para pasar a la tercera parte de la exposición, con lo cual termino.

Veamos la transferencia de riesgos al paciente y la aceptación de riesgos de origen no culposo por el paciente.

Se estima que entre el 80 al 85% de los eventos adversos, son riesgos inherentes a la atención. Este porcentaje puede variar por región, si se aplica a un hospital o una clínica en concreto, pero es un estimado de algunos estudios que se han hecho, aproximados, con algún margen de error. Es decir, esos riesgos inherentes no provienen de conductas culposas, de impericia, de imprudencia, de negligencia, etc., en la prestación del servicio respectivo. Y por lo tanto, todo ese universo que constituye entre ese 80 al 85% de eventos adversos,- puede ser algo más, puede ser algo menos, según cada región y cada hospital y cada institución-, pueden ser objeto de transferencia al paciente porque son riesgos incontrolables o inevitables en la atención y si se cumplen los requisitos de la llamada teoría de la aceptación de riesgos en salud.

Esa teoría de aceptación de riesgos jurídicos implica que el procedimiento al que se sometió el paciente, la atención respectiva, el medicamento que se le dio, etc., sea realmente indicado médicamente o desde el punto de vista de la disciplina de la salud que se esté manejando en la prestación de servicio

concreto y específico. Es decir, que no se esté sometiendo el paciente a riesgos injustificados. Que si se le ordenó una cirugía era porque estaba justificado ordenársela.

Y aquí quiero hacer un pequeño paréntesis. Yo insisto mucho en que en salud no se puede crearle la necesidad al paciente porque la premisa fundamental es que está prohibido en todos los Estados, generarles riesgos injustificados a los usuarios de los servicios de salud. Dicho de otra forma, los tratamientos, los procedimientos, diagnósticos a los que se han sometido, etc., deben ser pertinentes, deben de estar indicados, deben estar justificados para el caso de cada paciente, porque si no, los estarán sometiendo a riesgos injustificados.

Lo primero, para poder aplicar la teoría de aceptación de riesgos y la transferencia de riesgos al paciente, y hacer gestión y prevención de riesgos jurídicos en salud, es tener en cuenta que el procedimiento debe ser indicado. Lo segundo, hay que informar al paciente sobre qué riesgos o complicaciones inherentes puede traer este procedimiento y darle alternativas terapéuticas si es que las hay, porque a veces ni siquiera las hay. El tercer aspecto es que el paciente acepte esos riesgos, el que acepte la atención respectiva pese a saber muy bien que puede implicarle riesgos.

En conclusión de este primer punto, se estima que entre el 15 al 20 % de los riesgos o complicaciones que son inherentes a los servicios de salud, son causados por la administración y/o prestación del servicio en forma ilícita, normalmente por error o culpa y, por lo tanto, no se pueden trasladar al paciente, aunque ellos lo consintieran. Eso no tiene valor jurídico. No tiene valor el que un paciente acepte un riesgo previamente a la intervención que pueda generarse por culpa de quien le prestó el servicio. El único valor jurídico que pueda tener la aceptación de riesgos por parte del paciente es cuando es un riesgo que no se le causó al paciente por una imprudencia, una impericia, una negligencia, etc.

El otro tema que quería tratar en esta última parte es el de infecciones intrahospitalarias

Se ha considerado en términos generales que cuando existe una infección intrahospitalaria la institución debe responder civilmente en forma objetiva. Es decir, así no haya habido culpa de su parte en la generación de la infección. Yo me he pronunciado en contra a esa posición que vienen incorporando muchos jueces de muchos países, y vienen aplicando sistemáticamente.

Lo cierto es que ninguna institución de salud en el mundo, ni aún en los países más industrializados, puede garantizarles a los pacientes en un 100% que no va a existir ninguna infección intrahospitalaria. Incluso, pude averiguar que un centro de referencia a nivel mundial, como es el CDC de Atlanta, ha

dicho que es imposible que aún con el estado de desarrollo de la bioseguridad en el mundo, se pueda decir que no hay riesgos de infecciones intrahospitalarias. Se ha llegado, es claro, a recomendar estándares y cumplimientos de pautas para disminuir altamente esos riesgos hasta un 98%. Según entiendo, todo depende del grado de desarrollo que tenga cada país. Pero como mínimo se acepta que 1% ó 2% es permisible y posible la existencia de infecciones intrahospitalarias.

Mi propuesta de gestión jurídica de este riesgo de infecciones intrahospitalarias, que todos pueden tener, es la siguiente:

1. Tiene que justificarse el riesgo, porque el procedimiento al que se somete al paciente debe estar indicado científicamente. O sea, uno debe someter a un paciente a una atención intrahospitalaria porque realmente lo requiera.
2. Hay que darle la información previa sobre ese riesgo de infección intrahospitalaria al paciente y hay que hablarle con claridad sobre el margen de error aceptable, pese a observar los protocolos y procedimientos exigibles.
3. Aceptación del riesgo por el paciente. Éste debe aceptar someterse a la atención pese a conocer los márgenes de posible infección.
4. Que la institución pueda demostrar que cumple los estándares de bioseguridad adecuados, y que pese a eso, el riesgo de la infección que ocurrió está dentro del margen que es permitido de infecciones en ese país.

En cuanto a la responsabilidad por trabajo en equipo, a raíz de una sentencia muy conocida de Colombia, que extrapoló las fronteras nuestras, se dijo por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que todos los miembros de un equipo respondían por cualquier clase de daños que causara cualquier otro miembro del equipo, a través de la figura de la solidaridad. Esto ha traído una discusión enorme, porque además, el caso era de que se había dejado una gaza en el abdomen de una paciente.

Pues me parece que el fallo tiene consideraciones equivocadas, porque lo primero que hay que tener en cuenta es que hay delimitación de funciones, y que el anestesiólogo nada tiene que ver con el conteo de las gazas, y el cirujano tampoco tiene que ver con muchos asuntos que son funciones prioritarias de los anestesiólogos y así podríamos seguir citando ejemplos.

De modo que recomiendo, para gestionar este riesgo que puede tener eco, porque además fue invocando posiciones de otros países con lo que falló la

Corte, que se delimiten muy expresamente las funciones de cada uno de los miembros de los que trabajan en equipo.

Conclusiones

1. “El Derecho Médico es la regulación jurídica de las conductas, actividades, relaciones, derechos y obligaciones que son importantes para la protección de la sanidad en general, la salud pública y muy especialmente de la vida, salud y otros derechos humanos, como también de las distintas acciones jurídicas que se pueden emprender para lograr la protección de los derechos involucrados, y la aplicación de los procedimientos y consecuencias jurídicas tanto sancionatorias como indemnizatorias a las personas naturales y jurídicas que incurrir en conductas ilícitas y que tienen incidencia en el ámbito de la salud, la sanidad, la salud pública, el equilibrio biológico, ecológico y ambiental”. Dentro de este concepto de Derecho Médico – Sanitario, ocupan un lugar muy importante las responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse a las instituciones de salud y a los profesionales sanitarios, así como también la prevención y gestión de riesgos jurídicos dentro del Sector de la Salud.
2. El riesgo jurídico o legal es una consecuencia jurídica prevista en el ordenamiento jurídico por incurrir en una conducta, activa u omisiva ilícita.
3. Las posibles causas de un riesgo jurídico, pueden ser las mismas del evento adverso en general, es decir, errores provenientes de un factor técnico, de un factor organizacional o de un factor humano.
4. Los profesionales sanitarios y las instituciones de salud pueden asumir riesgos jurídicos, con mayor frecuencia, gravedad, costo e incidencia legal que otras actividades. (Adaptado del concepto de evento adverso – riesgo médico legal tomado del tratadista chileno Francisco Miranda Suárez).
5. La prevención y gestión de riesgos puede entenderse como el Conjunto de acciones que, aunque no garanticen la ausencia de eventos adversos, tratan de minimizar sus posibilidades de ocurrencia, dentro de costos sostenibles”. (Francisco Miranda Suárez. Idem).
6. Los objetivos más importantes de la prevención y gestión de riesgos son: mejorar la seguridad de los pacientes. Mejorar la seguridad de los profesionales y de la institución. Reducir los costos de las atenciones. Prevenir y/o manejar adecuadamente el riesgo legal.
7. La gestión de riesgos implica: eventos prevenibles- prevención o control y asesoría jurídica calificada. Eventos no prevenibles:-reconocimiento, mapa de riesgos.-identificación- aceptación- priorización y categorización.- Transferencia de riesgos (vg. consentimiento informado).-Aseguramiento de riesgos (Vg. pólizas de R.C., entre otras).- Aplicación de políticas de resarcimiento: para corregir daño o limitar su extensión.

8. Algunas ventajas de la gestión de riesgos son: mejora la relación con el paciente, mayor calidad, seguridad, satisfacción del usuario, relaciones a largo plazo. Genera mayor prestigio institucional y profesional. Permite mayor y mejor conocimiento de los riesgos de la institución y del profesional, de fortalezas, debilidades, etc. Aumenta eficiencia en uso de recursos y estabilidad económica. Genera confianza en relación con la institución y con el profesional. (Francisco Miranda Suárez).
9. En la mayoría de nuestros países, las personas, naturales (profesionales o comunes) y jurídicas, inmersas en el sector de la salud, pueden asumir responsabilidades jurídicas de múltiples clases. Algunas son de naturaleza sancionatoria (no requieren causar daño) y otras son de naturaleza indemnizatoria (si requieren causar daño).
10. Las principales responsabilidades jurídicas de naturaleza sancionatoria que pueden afrontar los profesionales sanitarios son disciplinarias, ético-profesionales, administrativas, penales, entre otras. También los profesionales sanitarios pueden asumir responsabilidades de naturaleza indemnizatoria [Responsabilidad Civil de los particulares y la administrativa indemnizatoria del servidor público].
11. La responsabilidad ético-profesional o disciplinaria que se le puede imponer a algunos profesionales sanitarios, se les aplican cuando estos incurren en violación a las normas deontológicas que regulan cada profesión, como por ejemplo, las que imponen el deber de información, el deber de obtención de la voluntad del paciente en forma idónea y de acatamiento de la misma, el deber de guardar el secreto profesional, el de elaborar, conservar y manejar adecuadamente las historias clínicas, el de no exponer a los pacientes a riesgos injustificados, etc.
12. A los profesionales sanitarios también se les puede aplicar responsabilidad penal por la posible comisión de diferentes delitos como aquellos contra la vida e integridad personal, entre otros.
13. Por su parte, las instituciones de salud, tanto las administradoras-aseguradoras, como las prestadoras de esta clase de servicios, se están viendo enfrentadas con mucha frecuencia a procesos jurídicos que tienen como finalidad la posible aplicación de responsabilidades de naturaleza eminentemente sancionatoria como las administrativas en sus diversas modalidades y matices, Vg. provenientes de los diferentes órganos de Vigilancia, Inspección y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud (por ejemplo, por incumplimiento de los estándares necesarios en materia de habilitación dentro del Sistema Obligatorio para la Garantía de Calidad de la Atención en Salud, del S.G.S.S.S); e indemnizatorias (Civil o Patrimonial del Estado según se trate de una persona jurídica de naturaleza privada o pública).
14. De acuerdo con la sentencia del 31 de marzo de 2003, Sala Civil Corte Suprema de Justicia de Colombia. Exp. 71-41. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo,

las instituciones de Salud bien pueden establecer en sus reglamentaciones internas la obligación a cargo de los profesionales sanitarios, de cumplir las normas éticas respectivas. igualmente pueden en esas reglamentaciones prever sanciones por el incumplimiento de dichas normas éticas. Pero no podrán imponer sanciones cuya competencia es exclusiva de los Tribunales de Ética.

15. La responsabilidad indemnizatoria comúnmente llamada médica o derivada de los servicios de la salud es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados ilícitamente a otro, por la fabricación, comercialización, prestación, administración, etc., de productos o servicios de la salud. (Adaptación de definición de Responsabilidad civil de Javier Tamayo Jaramillo).
16. En materia de responsabilidad indemnizatoria en el ámbito de la salud, es necesario hacer varias distinciones. Entre ellas, diferenciar si el demandado es una persona individual -natural o una persona jurídica colectiva, ya que existe una marcada tendencia internacional a considerar que la responsabilidad del personal o profesional de la salud debe seguir siendo de naturaleza subjetiva como regla general [requiere culpa en la generación del daño, para que surja la obligación de indemnizar], lo que no impide que se le pueda aplicar responsabilidad de naturaleza objetiva en algunos excepcionales casos (incumplimiento puro y simple, cumplimiento moroso, incumplimiento de obligaciones de resultado, responsabilidad por actividades peligrosas , por creación de un riesgo injustificado, etc.). **Como regla general, en esta responsabilidad indemnizatoria que se le aplica a los profesionales sanitarios y a las personas naturales inmersas en el sector de la salud, la carga de la prueba de la culpa la tiene el o los demandantes y dichos profesionales o personal sanitario puede demostrar la diligencia y cuidado con que actuó, como también la causa extraña, como formas de exoneración de responsabilidad.**
17. Existe cierta tendencia a predicar una naturaleza objetiva de la responsabilidad indemnizatoria que se les puede aplicar a las instituciones sanitarias. Se han aplicado algunos criterios como mala organización de salud, concepto de empresa económica, aplicación de parámetros del derecho de consumo, infecciones intra-hospitalarias, daños desproporcionados, daños por material quirúrgico, por implantes, por faltas al deber de información, etc.
18. Lo que debe procurarse es de precisar en qué casos la responsabilidad indemnizatoria por la administración y prestación de servicios de la salud debe seguir siendo subjetiva (con culpa- falla) y en qué casos es de recibo su objetivación (se debe indemnizar el daño causado sin culpa, siempre que la conducta sea ilícita porque esta acompañada de un factor objetivo de imputación).
19. Se estima que el 80 al 85% aproximadamente de los eventos adversos (iatrogenia), son riesgos inherentes a la atención (procedimientos

diagnósticos y/o terapéuticos) y se pueden trasladar al paciente aplicando la teoría de la aceptación de riesgos (“consentimiento informado”), cumpliendo, entre muchos, los siguientes requisitos: que el procedimiento esté indicado médicamente. (riesgos justificados). Que el o las complicaciones acontecidas se hayan informado previa y debidamente cuando ello era obligatorio. Que el paciente o su representante, haya aceptado dichos riesgos, en la forma legalmente establecida.

20. Se estima que el 15 al 20 % aproximadamente de los riesgos o complicaciones, son causados por la administración y/o prestación del servicio en forma ilícita (normalmente por culpa). Estos riesgos no se pueden trasladar al paciente, ni con su consentimiento, ni sin él.
21. Otra causa potencial de riesgos jurídicos de carácter indemnizatorio son las infecciones intrahospitalarias, generadas a los pacientes. Algunos jueces y tribunales han considerado que cuando un paciente es infectado intrahospitalariamente, es porque el centro asistencial incumplió una obligación de seguridad determinada o de resultado, caso en el cual sólo liberaría de responsabilidad la prueba de una causa extraña. Se propone gestionar este riesgo, justificándolo, con la indicación médica del procedimiento a través del cual se generó la infección. También hay que Informarle al paciente previamente que no es posible garantizarle en un 100% que no saldrá infectado. Dejando constancia de la aceptación de este riesgo por parte del paciente o de su representante(s). Demostrando la diligencia y cuidado en materia de cumplimiento de estándares de bioseguridad, y del Proceso de Prevención y Control de Infecciones, etc.).
22. Otra fuente de riesgos jurídicos en el sector de la salud es la denominada responsabilidad por trabajo en equipo, principalmente a partir de la sentencia 18 de mayo de 2005 Sala Civil C. S. de J. Colombia, M.P. Jaime Alberto Arrubla Pucar, en la cual dicha sala dijo lo siguiente: “En el caso, la imputación de responsabilidad al facultativo demandado, provino de su coparticipación en la acción productora del daño, como miembro del equipo médico que realizó la intervención quirúrgica en la cual se dejó un cuerpo extraño al cerrar la cavidad abdominal de la paciente, grupo a todos cuyos integrantes atribuyó el sentenciador el comportamiento culposo generador del perjuicio, al señalar que “...este descuido-se refiere a no tener la precaución de revisar la región en la que se practicó la operación- provino de todo el equipo que intervino en la operación” hecho que además juzgó más reprochable respecto “de quienes actuaron como director y primer auxiliar” , es decir, de los doctores Beltrán Mejía y Ardila Cuellar, por tener a su cargo la supervisión de la actividad del resto del personal interviniente”. (Pág. 21 Sentencia-Subrayas nuestras). Por ello sugerimos que queden muy claras las funciones de los miembros de un equipo, incluso en manuales, para efectos de poder determinar el autor del daño o quien no lo pudo ser y así tratar de evitar que todos los miembros del equipo quirúrgico respondan solidariamente.

23. En el sector de la salud existe temor de aplicar políticas de resarcimiento para limitar la extensión del daño corporal, dado que normalmente se han considerado como un indicio grave de responsabilidad en contra del médico o de la institución asistencial o aseguradora. Un ejemplo positivo en el cual no se calificó probatoriamente, la aplicación de una política de resarcimiento como un indicio en contra, fue el de la sentencia del 30 de enero de 2001, Sala Civil Corte Suprema de Justicia. M.P. José Fernando Ramírez. Exp. 5507.
24. La prevención y gestión de riesgos jurídicos debe ser un compromiso de todos con la protección de la vida, la salud y la justicia.

Muchas gracias de nuevo y auguro el mejor provecho para todos de este maravilloso encuentro académico. Gracias a la OPS/OMS y al CIESS por esta linda oportunidad.

Bibliografía

1. Martínez Calcerrada Luis y De Lorenzo y Montero Ricardo, *Tratado de Derecho Médico*. Editorial Civitas. Madrid. España. 2002.
2. Rodríguez Almada, Hugo. Coordinador *Derecho Médico [I Simposio Iberoamericano de Derecho Médico, IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica, I Taller de Responsabilidad en Enfermería]*. Editorial B de F Ltda. – Montevideo- Buenos Aires. Uruguay- Argentina. Julio de 2001.
3. Castaño de Restrepo, María Patricia (editora), "Responsabilidad Civil y Patrimonial de Estado Derivada de la Administración y Prestación de Servicios de la Salud". (Obra Colectiva) *Colección Derecho Médico-Sanitario*, Volumen I. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2003.
4. Castaño de Restrepo, María Patricia. Romeo Casabona, Carlos María (editores), *Derecho, Genoma Humano y Biotecnologías*. (Obra Colectiva) *Colección Derecho Médico-Sanitario*, Volumen II. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2004.
5. Galán Cortés Julio Cesar, *Aspectos Legales de la Relación Clínica*. Jarpyo Editores, S.A. Madrid, 2000.
6. Galán Cortés Julio Cesar, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Civitas, Madrid. 2001.
7. Castaño de Restrepo, María Patricia, *El Consentimiento Informado del paciente en la Responsabilidad Médica*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997.
8. Vazquez Ferreyra, Roberto. Tallone Federico. *Derecho Médico y Mala Práxis. Criterios doctrinarios. Selección de Jurisprudencia Civil y Penal*. Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2000.
9. Varsi Rospigliosi, Enrique, *Derecho Médico Peruano*, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial. Primera edición. Lima. 2001.
10. Romeo Casabona, Editor, *Genética y Derecho Penal*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001.
11. Emaldi Cirión Aitziber, *El consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001.
12. Veloso de Fransa Genival. *Direito Médico*. BYK Fondo Editorial. Sao Paulo. Brasil. 2003.

13. Gherzi, Carlos Alberto, Director. *Derechos de los pacientes al servicio de Salud*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina, 1998.
14. Gherzi, Carlos Alberto. Coordinador. *Contrato Médico y Consentimiento Informado* (Castaño de Restrepo, Weingarten, Lovece, Gherzi), Editorial Universidad, Buenos Aires, República Argentina, Octubre 2001.
15. Gherzi, Carlos Alberto, director. Colección sobre "Responsabilidad Profesional". Volúmenes 1,2,3,4,5,6. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995 a 1999.
16. Meirelles G. Julio César; De Freitas D. Jose Geraldo, Veloso de F. Genival, *Erro Médico*, Ed. Editora Unimontes, 2ª edición, 2000, Brasil.
17. Tamayo Jaramillo, Javier; *Sobre la Prueba de la Culpa Médica*, Ed. Dike, 1995, Medellín.
18. Tamayo Jaramillo, Javier; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomos I,II,III,IV. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. 1999.
19. Jaramillo, Carlos Ignacio; *Responsabilidad Civil Médica*. Colección Ensayos 8, Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, 2002.
20. Paredes Duque, Jorge Eduardo. *Responsabilidad Médica. Análisis por especialidades*. Gráficas Colombia. Cali. Colombia. 2004.
21. Yepes Restrepo, Sergio. *Responsabilidad Civil Médica*. Editorial Díké. Medellín.
22. Penneau, Jean, *La responsabilité médicale*, Paris, Editorial Sirey, 1977.
23. Lorenzetti, Ricardo Luis, *La Empresa Médica*, Ed. Rubinzal-Culsoni, 1998, Santafé-Argentina
24. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Ed. Rubinzal-Culsoni, 1997, Santafé-Argentina
25. Gherzi, Carlos Alberto, *Pensamiento Crítico*, 1997.
26. Gherzi, Carlos Alberto, director. Weingarten Celia, Iglesias Ana, Ferrari Gloria, Gherzi, Carlos Alberto, Director. *Responsabilidad Profesional 5. Cirujanos Estéticos, Odontólogos y técnicos en prótesis dentales, empresas de emergencia médicas, investigadores farmacológicos, personal de enfermería, hemoterapeutas, obstetras*. Editorial Astrea. Buenos Aires 1998.
27. Gherzi, Carlos Alberto. Coordinador. Agoglia, Mesa, Benitez, Sobrino, Castaño de Restrepo, Vazquez Ferreyra, Weingarten. *Responsabilidad Médica*. Ediciones Forense. Buenos Aires. 1998.
28. Gherzi, Carlos Alberto, *Responsabilidad Medica*, Ed. Ediciones Forenses, 1998, Argentina

29. Martínez Rave, Gilberto. Castaño de Restrepo María Patricia, y otros. *Responsabilidad por Transmisión de Enfermedades*. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Librería Jurídica Sanchez R. Ltda. Medellín, Colombia, 1995.

Sentencias

1. Sentencia C-264 del 13 de Junio de 1996. Corte Constitucional. Expediente No D-1139. (Secreto profesional médico. Reserva Historias Clínicas. Consentimiento informado).
2. Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 31 de marzo de 2003, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, Expediente No 7141.(Responsabilidad disciplinaria interna de un médico. Posible aplicación de la ley de Ética Médica y su invocación en los reglamentos institucionales internos).
3. Sentencia del 24 de Enero de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. La omisión de informar al paciente los riesgos del procedimiento constituye por sí sola una falla en el servicio, así el procedimiento se realice en forma intachable desde el punto de vista Técnico-científico. Aplica la pérdida de la oportunidad para valorar los perjuicios).
4. Sentencia Corte Constitucional T-1131 del 10 de Noviembre de 2004. Expediente T-976488, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. (Consentimiento informado Transplante de órganos. Consentimiento informado es un derecho fundamental).
5. Sentencia Corte Constitucional T-412 del 6 de mayo de 2004. Expediente T-849574. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. (Tratamiento médico adecuado. Consentimiento informado del paciente).
6. Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 18 de Mayo de 2005, Expediente 14.415. M.P.: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar. (Responsabilidad por trabajo en equipo).