

La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil

The compensation of victims of medical risks beyond the traditional limits of civil liability

A indenização das vítimas de riscos médicos além dos limites tradicionais da responsabilidade civil

FECHA DE RECEPCIÓN: 2015/02/03 FECHA CONCEPTO EVALUACIÓN: 2015/03/16 FECHA DE APROBACIÓN: 2015/03/31

Olenka Woolcott Oyague

Doctora en Derecho.
Profesora e Investigadora de la Universidad Católica de Colombia,
Bogotá, D. C., Colombia.
olenka.woolcott@gmail.com

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo: Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. *Revista Criminalidad*, 57 (1): 61-74.

RESUMEN

Se parte de una descripción doctrinaria de la noción del álea o riesgo médico, que conduce a identificar los sentidos que adopta, a fin de confrontarla con la noción de la culpa médica. De manera más específica, se intenta también perfilar una noción de error médico que se va posicionando en el derecho médico, no obstante ser objeto de diversos estudios en el campo de la medicina. El objetivo del estudio consiste en tratar, desde la perspectiva del derecho comparado, el problema que comporta

la noción del riesgo médico para el terreno de la responsabilidad civil, el cual se abordará a través de un examen de la jurisprudencia comparada, que evidenciará los pasos que se vienen dando en diversos sistemas jurídicos, entre ellos el colombiano, para extender las reglas de la responsabilidad al campo de lo contingente, sin perjuicio del reconocimiento de alguna opción legislativa clara para regular las consecuencias de lo que se viene a conocer por accidente médico.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad, reparación de daños, jurisprudencia médica, culpa, accidente médico (fuente: Tesoro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

ABSTRACT

This article starts with a doctrinary description of the therapeutic alea or medical risk leading to an identification of the senses it adopts for the purpose of confronting it with medical fault or negligence. In a more specific way, it also aims at outlining a notion of medical error that is beginning to take a position in medical law, despite having been the object of diverse studies in the field of medicine. The objective of this study lies in attempting, from the perspective of compared law, to deal with the problem

implied in the medical risk notion for the field of civil liability, which will be addressed through an examination of compared jurisprudence examination that would evidence the steps being taken in various juridical systems, including Colombia's, to extend the rules of liability to the contingency field without prejudice to the acknowledgement of a clear legislative option used to regulate the consequences of what has come to be known as medical accident.

KEY WORDS

Responsibility, compensation for damages, medical jurisprudence, fault, guilt, blame, medical accident (Source: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

RESUMO

O estudo começa com uma descrição doutrinária da noção do risco médicas, que leva a identificar os sentidos que adota, a fim de confrontá-la com a noção da culpa médica. De um jeito mais específico, pretende-se também perfilar uma noção do erro médico que é posicionado no direito médica, apesar de ser objeto de estudos diversos no campo da medicina. O objetivo do estudo consiste em tratar, desde a perspectiva do direito comparado, o problema que comporta a noção do risco médico para

o terreno da responsabilidade civil, que se abordará através da examinação do jurisprudência comparada, que demonstrará as etapas dos diversos sistemas legais, entre eles o colombiano, para estender as regras da responsabilidade ao campo do contingente, sem prejuízo do reconhecimento de alguma opção legislativa clara para regular as consequências de aquilo conhecido como acidente médico.

PALAVRAS - CHAVE

Responsabilidade, reparo dos danos, jurisprudência médica, culpa, acidente médico (fonte: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

“Las intervenciones de atención de salud se realizan para beneficiar a los pacientes, pero también pueden causarles daño”.
OMS. <http://www.binasss.sa.cr/seguridad/articulos/calidaddeatencion.pdf>

Introducción

Cuando se aborda el problema del riesgo o álea terapéutica en la responsabilidad médica, se trata de marcar los límites de la culpa médica. En otros términos, habrá culpa hasta cuando el acto médico no se encuentre en el terreno de lo contingente o aleatorio, es decir, del riesgo médico. La responsabilidad del médico se determina, en principio, por la existencia de la culpa médica. Debido a una variedad de sentidos que le han sido atribuidos a la expresión riesgo médico, comprendiendo aquel que, refiriéndose a la “ciencia-arte” tal como se definía

la medicina, determina la existencia de imprevisibilidad (Lorenzetti, 1997, p. 370) y, por ende, la no imputabilidad del eventual daño al médico, surge la necesidad de esclarecer el concepto y alcances del riesgo médico, a fin de poder determinar o no la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil e indagar sobre la suerte de los pacientes en el terreno de lo contingente.

De alguna manera, el carácter aleatorio del acto médico se vislumbró en una sentencia de la casación francesa del 21 de julio de 1862, y en la

cual se señaló que “(...) sin duda, corresponde a la prudencia del juez no injerirse temerariamente en el examen de las teorías o métodos médicos, y pretender discutir sobre cuestiones de pura ciencia” (Mazeaud, Léon, & Tunc, 1977, p. 169). Del párrafo citado podemos inferir que se sugería que el juez no debía pronunciarse sobre aspectos que conciernen estrictamente a la discusión científica, los que permanecían en el terreno de lo aleatorio y, por tanto, no eran susceptibles de juzgamiento a la luz de las normas del derecho común. Este planteamiento se reflejó como un sólido argumento para sostener la clásica división de las obligaciones de medios y de resultado que difundiría en el siglo XX René Demogue, y calificar las obligaciones del médico fundamentalmente como obligaciones de medios, en las cuales el médico se compromete, frente al paciente, a observar los cuidados y diligencia debidos, mas no a un resultado específico (Mengoni, 1954, p. 186).

De igual manera, la exaltación del carácter aleatorio del acto médico favoreció el reconocimiento de un carácter especial a la culpa profesional, y así a la culpa médica, en el sentido de que el profesional solo respondería por culpa grave¹, lo que alcanzó a tener importantes implicaciones, incluso en el plano legislativo², que no es el caso desarrollar en esta sede.

Hacia 1958, la jurisprudencia argentina entendió que “la responsabilidad médica ha de apreciarse con suma prudencia, teniendo en cuenta la índole de esa profesión, en su carácter algo conjetural y los

riesgos que su ejercicio supone en el estado actual de dicha ciencia arte”³. Se ha considerado que se trata de un argumento contundente y, en efecto, ha sido invocado por los jueces para rechazar las demandas judiciales.

No menos importante es el hecho de que los avances de la ciencia médica representan riesgos, pero también lo es que ese desarrollo ha permitido alcanzar importantes logros y hasta establecer ciertos parámetros de control, que deben regir el acto médico, lo que permite contemplar en la actualidad, como previsible, aquello que en otra época se entendía aleatorio (Franzoni, 1998, pág. 81-82). Refiriéndose a la “doctrina del álea”, Lorenzetti advierte que se debe evitar un abuso de la invocación de esta eximente de responsabilidad, pues entiende que bajo dicho concepto podrían encubrirse actitudes de negligencia médica. La práctica judicial, según manifiesta el jurista argentino basado en su experiencia de magistrado, revela que los casos de rutina sobre responsabilidad médica no se refieren al progreso de la ciencia, y que tampoco se ha enjuiciado a científicos e investigadores, por cuya razón el argumento se convierte en una ficción (1997, pp. 373-374).

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que el carácter aleatorio es inherente a la actividad médica, y de esa naturaleza derivan importantes implicaciones en el terreno de la responsabilidad. En este sentido, en el desarrollo del presente escrito, se explica la cada vez mayor difusión de la noción “errores médicos” o “eventos adversos”, que en las últimas décadas interesa de manera especial, no solo al derecho, sino también al campo de la medicina, en la medida que puede abrazar todas aquellas posibilidades de producción de daños que se generan para el paciente con ocasión de la actividad médica, sin llegar a configurar una culpa, propia del campo de la responsabilidad civil (Tapia, 2003, p. 76).

El problema que se aborda en el presente artículo concierne a las implicaciones que tiene la noción del riesgo médico en el terreno de la responsabilidad civil, para la indemnización de los daños de él derivados. Se examinarán desde la perspectiva de la comparación las respuestas indemnizatorias que los sistemas jurídicos ofrecen a los pacientes que resultan ser víctimas de daños producidos con ocasión del acto médico, con el objetivo de determinar si sigue siendo la culpa el único criterio de imputación de responsabilidad médica o si, en cambio, están surgiendo en el derecho otros conceptos que sirven de

1 En este sentido, la jurisprudencia argentina acogió el criterio de la gravedad de la falta médica para la atribución de responsabilidad: Cám. Civ. de La Plata, sala I, 21-1-69, E. D. 31-744. En esta línea, la Cám. Nac. Civ., sala A, exigía “que la imputación sea evidente y de gravedad, motivada por un insólito proceder, falta notoria de destreza y un torpe error de tipicidad técnica científica, como causas productoras del daño” (E. D. 86-509). Se afianza esta posición con las sentencias de la Cám. Civ. y Com. De La Plata, sala I, E. D. 32-744; Cám. Nac. Civ., sala A, E. D. 71-189; Cám. Nac. Civ., sala C, E. D. 73-494; Cám. Nac. Civ., sala C, J. A. 1970-5-294.

2 Nos referimos de manera especial al art. 2236 del C. C. italiano, que ha sido interpretado por la doctrina como la norma fundamental en cuanto a la responsabilidad por culpa profesional. Su texto literalmente contempla una limitación de la responsabilidad profesional a la culpa grave para los casos de las prestaciones de especial dificultad técnica. Se ha criticado la infeliz redacción de la norma, que está lejos de reflejar la regla jurisprudencial precedente, de la que debió haber sido la síntesis. Dicha regla jurisprudencial trató de conciliar dos exigencias, aquella de no mortificar la iniciativa del profesional y aquella de no perdonar decisiones no ponderadas o energías reprobables del profesional. La jurisprudencia ha afirmado que el supuesto en el que el médico responde por culpa grave, se da cuando el caso concreto se presenta como extraordinario o excepcional por no haber sido suficientemente estudiado en la ciencia (Visintini, 1999, p. 271-272). En el Perú, una norma similar, más bien casi una copia de la norma italiana, está dada por el art. 1762, C. C. peruano, la que sin haber contado con una evolución interpretativa de la jurisprudencia, como el caso italiano, ha generado aplicaciones totalmente irracionales en torno a una limitación de la responsabilidad profesional. Vid. un desarrollo sobre este punto en Woolcott (2002, pp. 522 y ss.).

3 Cám. Civ. y Com. 2.ª. De La Plata, e-8-58, L. L. 96-431 (Lorenzetti, 1997, p. 373).

fundamento a los jueces para la imputación de dicha responsabilidad.

La evolución que experimenta la responsabilidad médica en las últimas décadas, como se podrá apreciar en los puntos que siguen, evidencia justamente que el derecho le ha ido ganando terreno a lo contingente o aleatorio, en el sentido de permitir su incorporación progresiva al área de la responsabilidad, y si no es este el caso, dicha evolución muestra que van surgiendo algunas soluciones de parte de algunos sistemas jurídicos, en el sentido de ofrecer a la víctima alguna indemnización en aquellos casos para los cuales no resultan aplicables las reglas de la responsabilidad civil.

1. Tipos de riesgo médico

Por obra de la jurisprudencia comparada y la doctrina producida sobre la responsabilidad de los profesionales e instituciones de la salud, se pueden identificar en la actualidad hasta tres tipos de riesgos médicos. Los más frecuentes son los riesgos comunes, propios de la actividad médico-sanitaria, que consisten en la comisión de errores médicos por infracciones a la *lex artis*. Estos errores reconocen su origen fáctico en una actividad médica. Bien sabemos que en toda intervención médica, por más simple que ella sea, existe un riesgo mínimo de por medio. En este tipo de riesgo el médico responde civil o penalmente de conformidad con los factores de atribución que le sean imputables por el juez. El más común entre estos factores de atribución es la culpa o negligencia por acción u omisión.

El otro tipo de riesgo se asocia a aquellas específicas actividades médicas que responden a una obligación de seguridad. En las últimas décadas del siglo XX la jurisprudencia sobre responsabilidad médica ha evolucionado de modo notorio, pasando de un sistema muy restrictivo, que se basaba en la culpa médica, al reconocimiento cada vez mayor de una obligación de seguridad de resultado, a cargo de los médicos y, sobre todo, de las instituciones médicas. En este sentido se pronuncia, entre otras, la jurisprudencia francesa (Lambert-Faivre, 2001, p. 209). Ante este riesgo responde siempre el médico o el establecimiento de salud, según sea el caso. Se trata de una responsabilidad objetiva, por incumplimiento de una obligación de seguridad.

Un tercer tipo de riesgo es aquel que ha venido a conocerse como “contingencia, álea o riesgo terapéutico”. Se trata de aquel riesgo imprevisible e irresistible que no puede ser controlado por el médico o por el establecimiento de salud. Es decir,

en esta hipótesis estamos frente al caso fortuito que exonera al médico de toda responsabilidad. En una sentencia dictada en Francia, recaída en el caso “Tourneur”, del 8 de noviembre del año 2000, en la cual se rechaza la indemnización por un accidente médico, el tribunal se pronuncia en ese sentido, “teniendo en cuenta que la reparación de consecuencias de la contingencia terapéutica no entra en el campo de las obligaciones que un médico tiene contractualmente con respecto a su paciente”. En esta situación, la expresión que utiliza la sentencia, de “contingencia terapéutica”, no estaba vinculada con el azar sino con el caso fortuito o fuerza mayor. Se configura, de este modo, en causa exoneratoria de la responsabilidad médica (Lambert-Faivre, 2001, p. 215).

En el desarrollo del presente escrito se verá que los dos últimos tipos de riesgos a los que se refieren los párrafos anteriores se ubican, más bien, en lo que la doctrina ha calificado como el área de los “accidentes médicos”, y que desde hace algunos años se han venido produciendo determinadas respuestas en el derecho, para ofrecer una indemnización a las víctimas en estos casos, que en una sociedad como en la que vivimos son cada vez mayores.

2. La noción de riesgo médico

La primera aproximación o sentido de la expresión riesgo médico es tan amplia, que se refiere a que todo acto médico configura en sí mismo un riesgo para el paciente, en tanto que puede acarrear un daño derivado de la negligencia imputable al propio médico o al establecimiento de salud. En este caso, no existe duda respecto a que dicho riesgo se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil.

Una aproximación más específica del riesgo médico contrasta más bien con la culpa médica. Los límites de dicha culpa están configurados por lo que un determinado sistema jurídico entienda como tal. En este sentido, la noción de culpa médica dependerá de la posición que cada sistema adopte, sea desde el plano legislativo o jurisprudencial, respecto a la teoría de las obligaciones de medios y de resultado, y a la teoría de una “culpa especial”. En ambos casos, como señalamos en el apartado anterior, el carácter aleatorio del acto médico desempeña un papel fundamental para determinar los límites de la obligación del médico frente al paciente. Ciertamente, la teoría que clasifica las obligaciones de medios y de resultado parte de la consideración de un fuerte elemento aleatorio en las obligaciones de medios, como es el

caso de la obligación del médico. De esta manera, el médico se obliga a realizar los cuidados necesarios para restablecer la salud del paciente, mas no se obliga a su curación. A dicho elemento aleatorio, característico de la actividad médica, se debe el que se excluya como regla general la garantía del resultado en la obligación médica (Mazeaud, Léon, & Chabas, 1998, p. 448 y ss).

3. Los riesgos más comunes y aquellos inexcusables: ¿una culpa médica?

Como es sabido, por el hecho de ejercer la medicina se corre un determinado riesgo, como en todas las profesiones. No obstante, es de destacar que en el caso del ejercicio de la medicina el riesgo es mayor y más trascendente que en cualquier otra actividad, pues están en juego la salud y la vida del ser humano. Existe en la actuación médica, como se ha señalado, una clase de riesgos comunes, implícitos en la propia naturaleza de la profesión, los mismos que son independientes del tipo de ejercicio que de ella se practique⁴.

Como se explicaba inicialmente, la aproximación más amplia del riesgo médico comprende los riesgos comunes, entendiéndose por ellos las conductas previsibles o evitables que dependen del actuar médico, y que incluso podrían verse inducidas por factores exógenos. La responsabilidad médica derivará de estos comportamientos en cuanto sean imputables al médico o al establecimiento de salud, según sea el caso.

En el ejercicio de la medicina existen también riesgos específicos, que se encuentran, de manera fundamental, en función o en relación con una determinada especialización médica (García & Molinos, 1995, p. 23 y ss.), así como se hallan riesgos que se consideran inexcusables. Entre estos últimos se señalan las equivocaciones inadmisibles, los abandonos injustificados, la impericia que no encuentra excusa, la falta de saber científico (Mosset & Lorenzetti, 1991, p. 74). No obstante, pueden existir equivocaciones, impericias, complicaciones, agravamientos explicables, que se justifican desde que tienen una base de razonabilidad. Es este el instante

4 En lo que concierne a los riesgos propios y específicos de las distintas especialidades, García & Molinos apuntan que el gran número de especialidades y superespecialidades, con la complejidad de métodos y técnicas diagnósticos y terapéuticos que les son propios, hacen muy complicado su estudio (1995, Cap. VII).

en el que surge el problema de la prueba de la supuesta o cierta culpa médica.

Entre los riesgos comunes, García & Molinos (1995) señalan los errores de diagnóstico, los terapéuticos, los errores derivados de efectos colaterales, los conductuales por factores exógenos y los errores conductuales personales, para los cuales se identifican una serie de conductas que corresponden a cada tipo de errores. Asimismo, los autores españoles advierten que los indicados factores de riesgo no necesariamente deben conducir a una responsabilidad del médico o del establecimiento de salud, pues para establecer la responsabilidad médica y su gravedad es de rigor el análisis de cada caso, a fin de apreciar las circunstancias propias del acto médico practicado y eventualmente determinar una culpa médica.

En efecto, todas las hipótesis reseñadas, sin perjuicio de otras situaciones en las que se pone en evidencia el riesgo que implica el ejercicio de la medicina, requieren, en caso de producirse, de un atento análisis del juzgador para determinar si hubo o no responsabilidad del médico tratante, pues debemos ser reiterativos al afirmar que la simple presencia de los factores de riesgo no comporta *per se* una culpa; de allí que muchos de ellos puedan no pasar el límite de lo contingente.

4. Culpa y error: ¿una diferencia de rigor?

La aproximación más específica del riesgo médico nos conduce a considerar una noción que va adquiriendo mayor presencia en la escena jurídica. Se trata del “error”⁵, un concepto que es objeto de estudio en el campo de la medicina, así como de todo tratamiento referido a la calidad de los servicios de salud (González-Hermoso, 2001, p. 600)⁶, y que, reiteramos, va abriéndose espacio en el campo del derecho, precisamente en razón del carácter aleatorio de la actividad médica.

5 De acuerdo con los estudios revisados sobre los errores médicos, no se encuentran diferencias con relación a la noción de “eventos adversos”, que es también referida a todos aquellos daños que se producen con ocasión de la actividad médica.

6 En este sentido, se señala que “los errores médicos pueden originarse no sólo en la falibilidad universal de las personas, que serían en el caso el personal sanitario, sino en la complejidad del sistema en el cual se realiza el servicio, ante lo cual surge la recomendación de reconocerlos, analizarlos y corregirlos para reducir el índice de su producción o gravedad”. En esta línea, vid. los estudios del Institute of Medicine (1999); OMS, Consejo Ejecutivo, 109.ª reunión. Punto 3.4 del orden del día provisional. Calidad de atención: seguridad del paciente. Informe de la Secretaría, 2001; Leape, Brennan, Laird, Lawthers, Localio, Barnes et ál. (1991); Thomas, Studdert, Burstin, Orav, Zeena, Williams et ál. (2000); Leape (1994).

En teoría, la distinción entre la culpa y el error se funda en la existencia o no de la elección de una conducta que realiza un sujeto. Mientras que dicha elección tiene lugar en la culpa, en cambio, es ausente en el error. Así las cosas, desde que la culpa consiste en aquello que no habría hecho “el buen padre de familia” o el “hombre razonable”, el error lo puede cometer cualquier sujeto, aun el más precavido, pues en este caso destaca el carácter estadísticamente imprevisible de los errores. En efecto, se trata de la inadvertencia, descuido, una reacción inadecuada frente a un evento imprevisible, lo que si bien es explicable en toda actividad humana, se ha visto redimensionado con la industrialización, a partir de la cual los errores se han convertido en la mayor fuente de daños⁷.

De esta manera, nos encontramos ante dos conceptos diferentes, y como bien ha subrayado Tunc (1981, p. 117), la lógica y la justicia exigen reglas diferentes para ambos casos. Sería injusto considerar como conducta culpable aquella que configura un error, y que se pretenda que la responsabilidad civil se oriente a evitar la producción de errores, cuando estos los comete también, como señalábamos, el profesional más atento y precavido. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, las nociones suelen confundirse. Existe una tendencia a asimilar el error a la culpa⁸, la cual pensamos que se puede explicar en parte por una reacción inconsciente de los jueces, ante la ausencia de claridad sobre los límites entre ambas nociones (Penneau, 1974, pp. 948-949). De otra parte, se puede atribuir dicha tendencia a una natural sensibilidad de los jueces frente a la situación de especial gravedad a la que quedan expuestas las víctimas, y colocarlas en la zona de la “no responsabilidad”⁹, por pertenecer el daño a lo contingente o aleatorio. Por último, la confusión de las nociones de culpa y error comportaría también el riesgo de que, como bien ha advertido Lorenzetti

7 El carácter estadísticamente imprevisible de los errores determina su diferencia con la culpa, lo que no significa que no se pueda establecer una relación entre el error en una conducta socialmente deseable. En esa valoración de la conducta, no debe tomarse en cuenta el error en forma aislada, pues solo una repetición de los errores llega a ser una prueba de la anormalidad de la conducta. En ese sentido, señala Tunc, puede apreciarse una conducta socialmente reprochable del sujeto que comete los mismos errores, de allí que el factor tiempo sea un elemento que permita juzgar la conducta y así, en el caso del médico, determinar su calidad (Tunc, 1981, p. 115).

8 La jurisprudencia francesa ha sido ambigua respecto a los médicos. De un lado, existe jurisprudencia que se inclinaba en casos de diagnóstico, por el error excusable del médico, mientras que otras sentencias han señalado que cuando el error se producía en el tratamiento de un paciente, consideraban el error como culpa, no obstante que se trataba de errores inevitables (Tunc, 1981, 118).

9 En el sentido de referirse a la “no responsabilidad indemnizable”, y proponer una teoría del accidente (De Trazegnies, 1999, p. 485).

(1997, pp. 373-374), la negligencia médica podría encuadrarse bajo la “doctrina del álea”.

En ese sentido, es importante precisar que la culpa es el principal criterio de imputación de la responsabilidad civil, y que se plasma legislativamente desde el siglo XIX, habiendo sido objeto de evolución jurídica hasta entenderse como la vulneración de la diligencia debida, vale decir, la que habría observado el “hombre razonable”, o también conocido en los sistemas de *civil law* como el “buen padre de familia”. La aplicación de este modelo de conducta al campo de la actividad médica nos conduce a determinar la culpa médica como aquella en la que incurre el médico que no se comporta de acuerdo con los parámetros de la *lex artis*, prudencia y diligencia que habría tenido el “buen médico” de la especialidad, colocado en las circunstancias externas del caso concreto.

La conducta que no alcance a configurarse como culpable, y que haya dado lugar a la producción de un daño, no tiene relevancia para la responsabilidad civil, salvo que intervenga algún otro criterio de imputación contemplado por la ley o la jurisprudencia. En este orden de ideas, el interrogante que surge con relación a los errores médicos es si sus consecuencias deben pesar sobre la víctima del daño. La respuesta, desde un punto de vista estrictamente técnico, es afirmativa; sin embargo, injusta desde el punto de vista social¹⁰.

El planteamiento que parece surgir de la evolución de la responsabilidad médica se inclina en esta última dirección. En ese sentido, o bien se opta por una incorporación paulatina del riesgo terapéutico en el juicio de responsabilidad, a través de una flexibilización de sus reglas para determinados casos de gravedad, o bien se elige excluir tal aplicación, con la salvedad de poder pasar a ser objeto de las indemnizaciones de seguridad social. En efecto, se asiste a un nuevo panorama de la indemnización de los daños en el campo médico, donde pueden encontrar espacio las consecuencias dañosas derivadas de los errores médicos que no alcanzan a configurar una culpa en sentido técnico.

10 Precisamente con la entrada de la máquina en la vida cotidiana de los seres humanos fue tomando forma la noción de “accidente”, en un comienzo en el derecho de la responsabilidad civil, para luego dar lugar a un espacio propio, en el que las víctimas puedan ser indemnizadas sin el recurso a las reglas de la responsabilidad civil. El accidente se define como un evento desafortunado, que se produce de manera fortuita, pero cuenta normalmente con la intervención humana. En este sentido, Jolowicz (1968, p. 50); Atiyah (1980); en cuanto respecta al campo de la indemnización de los errores médicos, Bolt (1989, pp. 109-110); en general, sobre los planteamientos indemnizatorios de los accidentes, más recientemente Calabresi (1977); Dewees, Duff & Trebilcock (1996); Epstein (1978); Harvard Medical Practice Study Group (1990); Landes (1982, pp. 49-65); Ross & Rosenthal (1973); Smith (1982, pp. 1457-1459).

En el transcurso del presente escrito se podrá constatar que lo que pareció a Jean Penneau difícil de aceptar hacia inicios de la década de los setenta, refiriéndose el autor, precisamente, a que existe un espacio de las consecuencias del acto médico que no son indemnizables, y para las cuales el jurista francés proponía entonces una fórmula indemnizatoria por la vía de un fondo de garantía (Penneau, 1974, p. 948), décadas más tarde se comprueba que la preocupación está vigente en los sistemas jurídicos, y va motivando varias respuestas.

La perspectiva del derecho comparado da cuenta de la evolución que ha tenido la responsabilidad médica, y en esta línea se puede apreciar, por un lado, el surgimiento de una respuesta indemnizatoria a las víctimas de errores médicos que se producen dentro de la propia estructura del establecimiento de salud, basada en la configuración de una obligación de seguridad frente al paciente.

Por otro lado, se observa la configuración de una noción de accidente (Tunc, 1981, p. 60) médico, por la cual se pueden entender todos aquellos eventos desafortunados que se producen de manera fortuita, donde lo fortuito comprende la participación humana. Se verá más adelante que en el campo médico, dicha noción se refiere a aquellos eventos adversos graves, en cuyo origen pudo haber estado o no una inadvertencia médica inevitable, y que ante la imposibilidad de individualizar una culpa médica, debido a lo difuso que se presenta el proceso causal en ellos, quedan fuera del territorio de la responsabilidad civil, vale decir, no pueden ser imputados a un acto médico en particular.

Justamente, la realidad de los accidentes médicos ha conducido a los sistemas a formular respuestas a favor de la indemnización del paciente en estos casos, articulándolas en modo de guardar la coherencia de la responsabilidad civil. Es así que se ha visto en la seguridad social una vía para poder hacer frente a este tipo de daños, a través de la aplicación del principio de la “socialización del riesgo”.

5. El riesgo proveniente del incumplimiento de una “obligación de seguridad”

Se trata de una obligación, comprendida en el contrato de servicio médico, que se considera necesaria para prevenir algunos riesgos a los pacientes y asegurar la indemnización si se realizan. Es decir, ante el reconocimiento del carácter riesgoso o aleatorio del acto médico, surge la necesidad de con-

templar determinadas obligaciones de seguridad de resultado, que no admiten la excusa de la diligencia ni del error de conducta. Su cumplimiento no depende de elementos aleatorios externos y es importante para los pacientes, para prevenir la realización de riesgos.

La jurisprudencia comparada ha identificado en los últimos años un riesgo que deben afrontar los médicos y los establecimientos de salud, derivado no de un error imputable a ellos, sino que se genera en el incumplimiento de una obligación de seguridad en relación con algunas de sus actividades médicas.

En ese sentido, Lambert-Faivre (2001) ilustra el proceso de evolución de la responsabilidad médica, al citar la sentencia del 7 de noviembre del año 2000, dictada por la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación. En este fallo se determina que existe una obligación de seguridad por parte de una clínica que utiliza productos antisépticos perjudiciales para la salud. En este caso, aunque no se demuestre que existe un error, se encuentra, en la existencia de un defecto de seguridad en el acto médico, el fundamento de la responsabilidad médico-sanitaria (Viney & Jourdain, 1998, pp. 501 y ss.).

La jurista francesa refiere que muchos accidentes médicos tienen como causa primaria un determinado “producto” utilizado en la actividad médica. En estos casos es de aplicación la directiva europea del 25 de julio de 1985, sobre la responsabilidad del fabricante por defecto de los productos, integrada al ordenamiento jurídico francés por la ley del 19 de mayo de 1998. Sustentándose en la mencionada directiva, la ley francesa dispone que no solo los “productores”, sino los “distribuidores”, tienen a su cargo una obligación de seguridad en cuanto a los productos que producen y distribuyen, respectivamente.

Se observa que cada vez se amplía más el ámbito de la obligación de seguridad, hasta comprender los casos de las infecciones adquiridas por los pacientes durante su internamiento en un establecimiento de salud. En Francia, luego de los contagios por sangre contaminada con SIDA, se responsabiliza a los centros de transfusión sanguínea por incumplir una obligación de resultado respecto a la inocuidad de la sangre que suministran. Esta tendencia¹¹ es concordante con la responsabilidad objetiva por los daños derivados de productos defectuosos (Lambert-Faivre, 2001, pp. 210-211).

11 La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha ratificado el carácter objetivo de la responsabilidad del productor en un fallo del 10 de mayo del 2001 (Kayser, 2001, p. 3.065).

Concordamos con Larroumet (2001) cuando expresa que la solución de la jurisprudencia francesa en el caso antes citado, de los “estafilococos dorados”, es demasiado severa en cuanto a los médicos se refiere, al hacerlos responsables, al lado de los establecimientos de salud, de las infecciones nosocomiales. Es más justo que, en este caso, la responsabilidad recaiga tan solo en los establecimientos de salud, pues a ellos compete mantener las medidas de higiene pertinentes en sus diversos ambientes, especialmente en el de los quirófanos, para evitar, de este modo, los daños producidos por tales infecciones. Es solo la clínica o el hospital los que tienen la capacidad de llevar a cabo esta tarea, que por lo demás les es propia.

Larroumet (2001) hace referencia al caso resuelto por la jurisprudencia francesa, en el cual el paciente sometido a una intervención es herido a consecuencia de la explosión de un aparato de anestesia. En esta situación, el tribunal admite que se trata de un caso de responsabilidad sin culpa del médico, y más bien lo es del establecimiento de salud, en cuanto se trata del incumplimiento de una obligación de seguridad a su cargo. Cabe en esta hipótesis, ciertamente, una acción de repetición contra el suministrador o proveedor del aparato causante del daño al paciente.

Otros casos de riesgo que acarrearán responsabilidad sin culpa, que pueden considerarse al lado de los anteriormente citados, a título de ejemplo, son también aquellos referidos a las complicaciones que pueden presentarse en una intervención médica, y que escapan al control del médico. Aquí nos encontramos en el terreno de lo aleatorio.

Por otra parte, vemos que es usual que en el acto médico se empleen instrumentos manuales y otros que se activan con la electricidad. Ciertamente es también que el empleo adecuado de los mismos es parte de la obligación de medios del médico. Sin embargo, cabe traer a colación un caso que se presentó en Chile, y fue fallado en el 2002. El fallo excluyó la responsabilidad de un grupo médico, que utilizó un instrumento eléctrico en la cavidad abdominal para sujetar el intestino mientras se completaba una cirugía vaginal. Resulta que el instrumento eléctrico se activó y provocó una peritonitis bacteriana, que condujo a la muerte del paciente; al respecto, se sostuvo que en la época del accidente, dicha maniobra quirúrgica era aceptada y normalmente usada en ese tipo de intervenciones¹².

12 La sentencia C. A. de Copiapó, de 25 de marzo del 2002. *Gaceta Jurídica*, N° 265, 2002, pp. 127 y ss. Es reportada por Tapia (2003, pp. 83-84).

Consideramos cuestionable el planteamiento del pronunciamiento judicial chileno, de un lado, porque el empleo de un bien riesgoso nos indica la especial peligrosidad de la maniobra; de otro lado, el contexto en el que se realiza la maniobra médica, un establecimiento de salud, nos permite considerar además un factor organizacional, del que depende el buen funcionamiento del servicio médico. En efecto, somos de la opinión de que, sin perjuicio del cumplimiento de la *lex artis* a cargo del médico, pues la referida maniobra era admitida en la época del accidente, no puede dejar de destacarse la utilización de un objeto extraño al cuerpo del paciente, y cuya seguridad en el empleo para la intervención, desde todo punto de vista, debe estar garantizada por parte del médico o grupo de médicos. Consideramos así que en este caso habría sido necesario tener en cuenta la existencia de una obligación de seguridad del médico por el uso de un bien riesgoso, y que se ha producido un incumplimiento de dicha obligación al evidenciarse el mal funcionamiento del aparato, que terminó generando el desenlace fatal para el paciente.

6. Accidente médico o álea terapéutica

La noción de “accidente médico” aparece en el campo de la responsabilidad médica, como resultado de un proceso evolutivo del tratamiento jurídico que se ha venido dando a los daños producidos con ocasión de la actividad médica. Ciertamente es que dicha evolución ha permitido ir decantando la noción en el sentido de no entenderla desde una visión tan amplia como puede ser la referencia a todos los daños, llámense eventos adversos¹³ o errores médicos, que se pueden producir por la intervención del acto médico. En efecto, el derecho comparado nos muestra un sendero jurisprudencial no uniforme frente

13 “Eventos adversos” constituye una noción que si bien no surge en el campo estrictamente jurídico, se ha ido configurando a partir de diversos estudios sobre la salud en el mundo, que se realizan a partir de la década de los noventa, aun cuando la OMS reconoce que la denominación ya estaba presente en los años cincuenta y sesenta. En términos más amplios, podemos entender por “eventos adversos” aquellos que comprenden todas las maneras de producción de daños con ocasión de la actividad médica, como consecuencia de causas evitables con el ajuste de normas o procedimientos. Este sentido de la noción lo encontramos en un estudio del Consejo Australiano de Seguridad y Calidad en Salud, contemplado en la OCDE (2006), proyecto sobre indicadores de calidad en salud. Recuperado de <http://www.itaes.org.ar/biblioteca/IndicadoresQOCDE.pdf>. De otro lado, en un estudio producido en el 2004 en Argentina, sobre pediatría sanitaria y social, que a su vez intenta recoger los aportes de otros estudios sobre el tema (Fernández, 2004, p. 402). Se ha abordado el problema de los eventos adversos en Woolcott (2013, pp. 6-20).

a la indemnización de los accidentes médicos, ante la inexistencia de unos criterios claros para dicho fin.

El recurso a la configuración de una obligación de seguridad de resultado ha sido, como se ha podido apreciar en el apartado precedente, un paso importante de la jurisprudencia para que se fuera perfilando la noción de “accidente médico”. En efecto, por accidente médico no se entiende el simple fracaso del tratamiento médico, situación que bien puede deberse a una conducta calificada como culpable por parte del médico, o simplemente al riesgo inherente al acto médico, en cuyo caso, estando de por medio una obligación de medios, el médico es responsable si queda acreditada su culpa, o se exonera si prueba que actuó con la diligencia y pericia necesarias para la consecución del resultado. En este caso nos encontramos ante la noción más amplia de riesgo médico.

Descartada la referencia al “riesgo común”, por amplia y difusa¹⁴, se ha ido decantando la noción de “accidente médico” como aquella situación adversa que sufre el paciente por obra del azar, el cual determina la producción de efectos anormales para el paciente, sin relación con su estado anterior y su evolución previsible (Viney & Jourdain, 1997). En este sentido, François Chabas ha destacado que el riesgo terapéutico es simplemente un accidente que no se atribuye a la culpa del médico, sino a la fatalidad (Chabas, 2001). Y como bien sabemos, la fatalidad se encuentra fuera del terreno de la responsabilidad.

Si bien en estos casos el azar es el elemento detonante del daño, no puede negarse que en el proceso causal ha existido una actuación libre por parte del médico o grupo de médicos en la intervención¹⁵. De allí la complejidad que adquiere la noción. En este sentido, podemos citar como ejemplos recurrentes de accidentes médicos las infecciones intrahospitalarias, las afecciones iatrogénicas (daños derivados con ocasión de la intervención médica, como las reacciones inusuales a los medicamentos o complicaciones que surgen a partir de algún tratamiento o intervención médica), complicaciones que siguen a la aplicación de la anestesia y algunos procedimientos, entre otros.

Se trata de eventos que no son extraños al campo de la actividad médica, más aún teniéndose presente que la acción se desarrolla, en tiempo moderno,

en establecimientos de salud, donde existe una compleja organización de los medios adecuados para dicha actividad, y en ese sentido hasta se puede afirmar que se trata de eventos estadísticamente previsibles. El problema que plantean estos hechos reside en que, a la luz de la ciencia y la técnica, resultan difícilmente evitables por el médico en particular, debido al carácter anormal que presentan en relación con el estado anterior del paciente. Desde esta perspectiva, referida a la imposibilidad de evitar el daño, técnicamente no cabría responsabilizar al médico a título de culpa, pues este puede haberse ceñido a los mandatos de la *lex artis*.

Las dimensiones que puede alcanzar un accidente médico en la salud de las personas han constituido un elemento de juicio para sensibilizar a los sistemas jurídicos, algunos de los cuales van avanzando en el sentido de optar por una indemnización, aun para aquellos casos que se consideran debidos a la “fatalidad”. En esta línea, no es extraño encontrar decisiones judiciales que responsabilizan al médico por errores inevitables¹⁶, solución cuestionable desde una perspectiva técnica, a la luz de las reglas de la responsabilidad civil, pero plausible desde el punto de vista de la sensibilidad de los jueces con relación a los pacientes víctimas de este tipo de daños por accidentes, los cuales, en su condición de seres humanos, no deberían cargar con las desgracias que se generan dentro del funcionamiento de un sistema de salud.

El derecho comparado nos ofrece evidencia de los pasos que se vienen dando para hacer frente a la indemnización de los daños producidos en el área de lo “contingente o aleatorio”, o el área de la “no responsabilidad”, bien sea en virtud de la extensión de las reglas de la responsabilidad civil por la vía jurisprudencial, o mediante intervención legislativa.

La noción de “accidente médico” se perfila con caracteres que difieren de la naturaleza propia de la responsabilidad civil, y que por ello va dando lugar a un espacio propio de indemnizaciones, sin perjuicio de poder sostener con dicha institución una convivencia saludable para los intereses de las víctimas de estos daños.

No nos encontramos ante el surgimiento de una nueva teoría de la responsabilidad médica, ni mucho menos de una responsabilidad *sui generis*¹⁷; en todo

14 En sentido muy amplio, el área terapéutica comprende “los aspectos adversos que puede presentar un paciente en su salud o integridad corporal a raíz de un acto médico” (Yépez, 2004, p. 12).

15 De allí que la definición de “accidente” se refiera al evento fortuito, pero que normalmente se produce con la participación humana, lo que genera confusión en el lenguaje común y en el espíritu de los juristas (Tunc, 1981, pp. 60-61).

16 En esta línea jurisprudencial se puede ubicar al Consejo de Estado colombiano, que ha considerado el área terapéutica como un “evento de auténtica responsabilidad médica”, siendo así que el patrimonio de los médicos involucrados responde por los daños causados dentro del contexto del área terapéutica (Quintero, 2012, p. 163).

17 En el sentido de referirse al área terapéutica como una “teoría novedosa” o “novedoso sistema de responsabilidad”, o de “responsabilidad *sui generis*”, vid. Quintero (2012, pp. 161, 171). No

caso, podría tratarse de una teoría del accidente, pues aquí no se tiene que imaginar un nuevo criterio de imputación de responsabilidad, ni establecer una relación causal específica, sino que se trata de una realidad de los daños que se producen a propósito del acto médico, y que ha dado lugar a la configuración de una noción, un concepto, que va a justificar un tratamiento jurídico especial y excepcional, precisamente porque dicha realidad no encuadra en el marco estructural de la responsabilidad civil.

6.1. El aporte de la experiencia francesa

Es indiscutible el aporte que tiene la experiencia francesa para el desarrollo de los sistemas de salud, en el sentido de estructurar, basada en el valor “solidaridad”, un modelo indemnizatorio favorable a los pacientes que pueden ser víctimas de daños generados en el accionar médico.

Luego de un arduo proceso de evolución de la jurisprudencia francesa, orientada en innumerables casos a conceder indemnización a los pacientes que habían sido víctimas de daños producidos con ocasión de la intervención médica, sea bajo la aureola de la obligación de seguridad o el simple reconocimiento de una responsabilidad objetiva del médico o del establecimiento de salud, conforme se explicó en su oportunidad¹⁸, se produce la intervención legislativa con la Ley N.º 303, de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud. De esta manera, el legislador francés logra ordenar, de una manera sistemática, lo que hasta ese momento había representado un ensanchamiento de las reglas de la responsabilidad civil hacia el terreno de la “no responsabilidad”, caracterizado más bien por la fatalidad, debido precisamente a que hasta ese momento no se había adoptado una decisión política firme para colocar

compartimos la posición del autor en el sentido de que pretende atribuir a la aparición de la nueva noción del “álea terapéutica” una suerte de factor de equilibrio entre el derecho del resarcimiento del paciente de daños producidos por actos médicos no culposos y la noción de justicia de que el médico o la entidad hospitalaria solo deberá responder por los daños ocasionados que le sean imputables. En efecto, consideramos más bien necesario entender que la noción del “accidente médico” o “álea terapéutica” debe ocupar un lugar diferente al de la responsabilidad civil, a fin de poder estructurar una fórmula indemnizatoria fuera de dicha institución, que encuentra sede en la seguridad social. En la medida que se mantenga el concepto dentro de la institución, como se puede apreciar del propio desarrollo jurisprudencial francés y del que experimentan de alguna manera los sistemas latinoamericanos, como el peruano, colombiano y chileno, para citar algunos, se mantendrá la confusión conceptual de los límites entre la responsabilidad civil y la seguridad social.

18 Vid. supra, N.º 4, relativo al riesgo proveniente del incumplimiento de una obligación de seguridad.

en su lugar la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil, lo que hasta entonces era muy difuso, ante la ausencia de un mecanismo claro de indemnización de los accidentes médicos.

Un antecedente importante de la indemnización del accidente médico, o álea terapéutica, en la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado está dado por el fallo Bianchi de 1992, a partir del cual, y hasta la dación de la ley del 2002, se admitió jurisprudencialmente la responsabilidad sin culpa del hospital por “álea terapéutica”, considerándose en ella los caracteres de “riesgo conocido pero de realización excepcional” y de “gravedad del daño”¹⁹.

La Ley 303, del 4 de marzo del 2002, introdujo en Francia una profunda reforma del sistema de indemnización de daños derivados del ejercicio de la actividad médica, que hasta entonces se basaba en el régimen del código civil, aunque con argumentaciones audaces para conceder indemnización a las víctimas (Jourdain, Laude, Penneau & Porchy-Simon, 2002); uniformó las reglas aplicables al sector público y privado, que habían generado soluciones diversas, según que el daño proviniera de un establecimiento estatal o privado. Así también, la nueva ley otorgó un carácter bicéfalo a la responsabilidad médica (Woolcott, 2013, p. 15).

En efecto, aunque el principio sigue siendo el de la responsabilidad por culpa de los médicos y los hospitales o clínicas, se contempla una responsabilidad objetiva del establecimiento de salud por los daños provenientes de las infecciones nosocomiales. En este último aspecto, la ley consolida de alguna manera una tendencia jurisprudencial que se venía forjando en Francia, que, como se pudo apreciar oportunamente, incluso responsabilizaba tanto a los médicos como a los hospitales públicos por el incumplimiento de una obligación de seguridad de resultado, en relación con los daños sufridos por el paciente. En cambio, dispone la ley que cuando sea una persona física la responsable de la infección hospitalaria, sea la víctima quien deba probar la culpa, en cuya ausencia opera también la cobertura indemnizatoria a título de solidaridad.

Lo más novedoso de la reforma consiste en el carácter subsidiario de las indemnizaciones a título de solidaridad nacional. Es decir, cuando no pueda establecerse la culpa en el primer caso, de los médicos y hospitales, o se pruebe la causa extraña en el caso de las infecciones nosocomiales, la solución que contempla la norma consiste en una indemnización a título de solidaridad nacional para los accidentes

19 El fallo Bianchi corresponde a una sentencia dictada por el Consejo de Estado francés, de 9 de abril de 1993, citado por Mosset (2005, p. 31).

médicos, afecciones iatrógenas e infecciones nosocomiales, cuando presenten un carácter de gravedad apreciable con relación a la pérdida de la capacidad funcional y a las consecuencias sobre la vida privada y profesional, lo que se evalúa atendiendo a un porcentaje de incapacidad permanente superior al 25 %²⁰.

La ley francesa representó una respuesta muy esperada ante la evolución que hasta el momento había tenido la jurisprudencia frente a la indemnización de los “accidentes médicos” o álea terapéutica. La virtud de esta reforma en el campo de la salud, en el aspecto indemnizatorio, la encontramos en haber aclarado el panorama indemnizatorio de los daños en el campo médico. De un lado, las reglas de la responsabilidad civil subjetiva u objetiva, cuando es posible la identificación de los presupuestos de la responsabilidad, y en su defecto, un fondo indemnizatorio a título de solidaridad nacional, que cubre el área de los “accidentes médicos” o riesgo terapéutico, bajo unos requisitos establecidos en la ley. De esta manera, el legislador francés logra articular de una manera técnica y coherente esta área de las indemnizaciones, la que antes estuvo en manos de la jurisprudencia, bajo el recurso, tantas veces cuestionado, a un ensanchamiento de los límites de la responsabilidad civil.

6.2. Señales de respuesta jurisprudencial a los accidentes médicos en la experiencia latinoamericana

En el derecho colombiano, ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la que muestra algunas señales en el sentido de conceder indemnización a las víctimas de daños producidos en el marco del acto médico, en situaciones que no pueden encuadrarse técnicamente en la responsabilidad civil (Quintero, 2012, p. 163). No se trata de una línea consolidada, sino más bien intermitente, que ante el formalismo característico de los sistemas latinoamericanos, aparece como centellas que consuelan las esperanzas de pacientes víctimas de estos daños. En este contexto, podemos explicar el pronunciamiento del Consejo de Estado de 24 de enero del 2002, por el cual se concede la indemnización a un paciente que se sometió a una intervención quirúrgica de especial complejidad, y sufrió graves complicaciones. Como fundamento, la sentencia invocó la pérdida de la

oportunidad basada en la omisión de comunicarle al paciente los riesgos de la intervención quirúrgica. Destaca la opción del Consejo de Estado por la indemnización de un daño que podemos encuadrar en el campo de las afecciones iatrógenas, debido a las complicaciones que se produjeron en el paciente luego de la intervención médica.

El caso planteado normalmente habría excluido la responsabilidad médica, por tratarse de un riesgo, que si bien conocido según lo planteado en el caso, era inevitable y con consecuencias graves para la víctima. Sin embargo, observamos el esfuerzo de los magistrados para que, bajo el recurso a una figura de daño, la pérdida de la oportunidad debido a una falta de adecuada información o advertencia de los riesgos al paciente, decidan otorgar indemnización a la víctima de la intervención quirúrgica. Pensamos pues que, desde el punto de vista técnico, la fundamentación de la sentencia es errada, pero la finalidad indemnizatoria en el caso ha sido justa para el paciente, ante la inexistencia de otro mecanismo jurídico de auxilio. Consideramos, además, que ante la inexistencia en el sistema colombiano, como en todos los sistemas latinoamericanos, de una respuesta indemnizatoria clara respecto a supuestos como el del caso en cuestión, de “accidentes médicos”, el trabajo jurisprudencial de los jueces colombianos intenta, bajo ficciones o interpretaciones extensivas de las obligaciones del médico, como es el caso de la obligación de información, suplir las deficiencias normativas en este sentido, lo que ciertamente supone un costo en términos de confusión sobre la correcta aplicación de las reglas de la responsabilidad civil.

De otro lado, la experiencia chilena no es ajena a la irregularidad de los planteamientos indemnizatorios de los riesgos médicos que no pueden ser encuadrados en las reglas tradicionales de la responsabilidad civil. En este sentido y diversamente a cuanto ha sido resuelto por la jurisdicción ordinaria frente al uso de instrumentos eléctricos²¹, se observa en cambio una orientación jurisprudencial favorable a la responsabilidad de los establecimientos hospitalarios, no de los médicos, por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, a las que no se les considera eventos “imprescindibles” y, por tanto, les aplican la “falta del servicio”, que no es otra cosa que la culpa probada, como fundamento de la responsabilidad de la administración del servicio del Estado (Tapia, 2003, pp. 90 y ss.).

Finalmente, en el Perú hubo algunos intentos hacia la socialización del riesgo médico, a través de

20 La Ley 1577, del 30 de diciembre de 2002, precisó el referido porcentaje de gravedad para acceder a la indemnización a título de solidaridad, con lo cual se delimita el campo de aplicación de la Ley 303, de 4 de marzo de 2002 (Lambert-Faivre, 2002, pp. 1371 y ss.).

21 Conforme a lo desarrollado en el apartado N.º 4.

determinadas propuestas legislativas que se presentaron entre los años 2004-2006, orientadas a introducir un seguro médico obligatorio de responsabilidad; sin embargo, no pasaron del debate parlamentario y fueron archivadas (Woolcott, 2007).

Conclusiones

No sorprende que algunos pasos, unos más significativos que otros, se estén dando a nivel jurisprudencial en Latinoamérica frente a la indemnización de los riesgos médicos, aun cuando no sea esta la noción que refieran los fallos latinoamericanos, y más bien se opte por una solución encubierta para indemnizar algunos de los “accidentes médicos”, en vía de aplicación extensiva de las reglas de la responsabilidad civil. La doctrina, en este caso, no puede sino acompañar aquello que va surgiendo, aunque no de manera lineal, en el plano jurisprudencial, para explicar lo que acontece y eventualmente ir generando una línea de opinión que oriente y motive al legislador a formular una solución adecuada al problema indemnizatorio de las víctimas de estos daños.

En la actualidad quedan sin compensación los daños que se han generado sin culpa, salvo los casos en que la jurisprudencia intenta recurrir a una responsabilidad objetiva, algunas veces con el argumento de una obligación de seguridad, otras bajo la individualización de una figura de daño, como la pérdida de la oportunidad, que *per se* presenta dificultades de prueba, tratando de aportar así un remedio a las deficiencias del principio. De esa manera, se observa la extensión de una lógica individualista de la responsabilidad civil a un campo caracterizado por una lógica colectiva o de socialización de los riesgos, inspirada en una filosofía de solidaridad social, como es la que caracteriza el campo de los accidentes médicos.

Consideramos que la experiencia francesa resulta un caso paradigmático, en el que se logra hacer confluir en un mismo sistema de compensación los daños provenientes de la actividad médica; de un lado, el esquema tradicional de la responsabilidad civil, para los casos en que resulta aplicable el principio de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, y la responsabilidad objetiva aplicable fundamentalmente para los casos de infecciones nosocomiales, y de otro lado, un particular esquema de indemnización a título de solidaridad nacional.

No es fácil para los sistemas jurídicos la incorporación de un esquema como el que hoy se encuentra

estructurado en el sistema francés. En este sentido, se observa que la finalidad de compensar a las víctimas de daños de los accidentes médicos, llámense también riesgo o álea terapéutica, dependerá de la opción política de un sistema jurídico determinado, sea en el sentido de la inercia o la de insistir en un ensanchamiento de los límites de la responsabilidad civil, como sucede actualmente y de manera ocasional en la jurisprudencia de nuestros países. Esta última es más bien la opción preferida por los sistemas latinoamericanos, como el caso de Colombia, cuya jurisprudencia, intermitente en este sentido, intenta aportar soluciones a casos concretos de riesgos o accidentes médicos, a través de la aplicación de reglas de la responsabilidad civil.

En todo caso, los matices que pueda adoptar el derecho médico en un sistema jurídico establecido, como cualquier materia humana y social, serán consecuentes con la sensibilidad de una determinada sociedad, por la condición de la persona humana, y de esta en cuanto paciente, frente a los riesgos a que se encuentra expuesta en cualquier estructura de servicios de salud. La jurisprudencia relativa a la indemnización de los daños que se producen con ocasión de la actividad médica, caracterizada por una ausencia de lineamientos claros para sostener la aplicación de las reglas de la responsabilidad objetiva en los casos de los efectos graves de una intervención médica, como las infecciones nosocomiales u otros, es un claro testimonio de las dificultades formales que prevalecen en las argumentaciones de los jueces, y que les impide sobrepasar los hitos de las reglas de la responsabilidad para aportar una solución indemnizatoria al caso concreto. De otro lado, es evidente que no existen propuestas políticas en el sentido de afrontar la indemnización de este tipo de daños desde la seguridad social, aun cuando existen importantes referentes en el derecho comparado.

Estas dificultades, entre otras de índole sistémica, delatan la imposibilidad en que se encuentran los sistemas jurídicos de *quasi nula* o inexistente experiencia en la socialización de los riesgos, para propender a lo que Atiyah (1980) considera “un sistema único de indemnización que pueda cubrir no solamente los daños provenientes de los accidentes, sino también aquellos que vienen de la enfermedad”, lo que se traduce en un costo alto para el sistema de la responsabilidad civil, desde que el seguir aplicando de manera antitécnica las reglas de la responsabilidad por culpa o acaso de la responsabilidad objetiva a los daños derivados de accidentes médicos, termina por anular la función preventiva de la institución, la cual solo puede tener efecto res-

pecto a conductas deliberadas, mas no a aquellas determinadas por lo aleatorio o la fatalidad²².

Referencias

- Atiyah, P. (1980). *Accidents, Compensation and the Law*. London: Wiedenfeld and Nicholson.
- Bolt, D. (1989). Compensating for Medical Mishaps - A Model "No Fault" Scheme'. *New Law Journal*, 139: 109-110.
- Breccia, U. (1988). "Colpa professionale". En: Visintini, G. *Giurisprudenza per massime e il valore del precedente* (pp. 313 y ss.). Padua: Cedam.
- Calabresi, G. (1977). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Chabas, F. (2001). La réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique. *J.C.P. Semaine Juridique*, Ed. G., II: 10493.
- De Trazegnies, F. (1999). *Responsabilidad extracontractual* (T. II). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Deweese, D. N., Duff, D. & Trebilcock, M. J. (1996). *Exploring the Domain of Accident Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Epstein, R. (1978). Medical Malpractice: Its Cause and Cure'. Rottenberg, S. (Ed.). *The Economics of Medical Malpractice*. Washington, DC: American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- Franzoni, M. (1998). La responsabilidad en las obligaciones de medios y de resultado. *Themis, Revista de Derecho*, 38: 81-82.
- Fernández, N. (2004). Los eventos adversos y la calidad de la atención. Estrategias para mejorar la atención de los pacientes pediátricos. *Arch. Arg. Pediatr.*, 102 (5): 402.
- García, M. & Molinos, J. (1995). *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica* (Cap. VII). Granada: Comares.
- González-Hermoso, F. (2001). Errores médicos o desviaciones en la práctica asistencial diaria. *Cirugía Española*, 69 (6): 600.
- Harvard Medical Practice Study Group (1990). *Patients, Doctors, and Lawyers Medical Injury, Malpractice Litigation, and Patient Compensation*. New York, Cambridge, MA: Harvard Medical Practice Study Group.
- Institute of Medicine (1999). *To Err is Human: building a safer health system*. Recuperado de <https://www.iom.edu/~media/Files/Report%20Files/1999/To-Err-is-Human/To%20Err%20is%20Human%201999%20%20report%20brief.pdf>.
- Jolowicz, J. A. (1968). Liability for accidents. *Cambridge Law Journal*: 50-63.
- Jourdain, P., Laude, A., Penneau, J. & Porchy-Simon, S. (2002). *Le nouveau droit des malades*. París: Litec.
- Kayser, P. (2001). Nota a sentencia. *Dalloz* 2001, Jur. P. 3065.
- Lambert-Faivre, Y. (2001). Datos sobre la responsabilidad médica en Francia, en el año 2000. AA. VV. *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. En: Libro homenaje a Roberto López Cabana (pp. 209-220). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Lambert-Faivre, Y. (2002). La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de la santé. L'indemnisation des accidents médicaux. *Dalloz*, pp. 1371 y ss.
- Landes, E. M. (1982). Insurance, Liability, and Accidents: A Theoretical and Empirical Investigation of the Effect of No-Fault Accidents. *Journal of Law and Economics*, 25: 49-65.
- Larroumet, Ch. (2001). Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad médica. En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Libro homenaje a Roberto López Cabana (pp. 1544-1555). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Leape, L. L. (1994). The preventability of medical injury. En: Bogner, M. S. (Ed.). *Human error in medicine*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum.
- Leape, L. L., Brennan, T. A., Laird, N., Lawthers, A. G., Localio, A. R., Barnes, B. A. et al. (1991). The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II. *New Engl. J. Med.*, 324: 377-384.
- Lorenzetti, R. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos* (Tomo I). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, Editores.
- Mazeaud, H., Léon, J. & Tunc, A. (1977). *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual* (Tomo I, Vol. I). Buenos Aires: Ejea.
- Mazeaud, H., Léon, J. & Chabas, F. (1998). *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale* (T. II, Vol. 1) (9.ª ed., pp. 442 y ss.). París: Monchrestien.

22 En este sentido, Tunc cita a Eric Limet, quien concluye que "imponer una sanción por una culpa tiene un valor educativo cuando el daño ha sido causado deliberadamente, pero ese valor es nulo o también negativo cuando el daño ha sido accidental. En el campo de los accidentes, la educación supondría, por el contrario, la destrucción del mito de la responsabilidad por culpa, la eliminación de la buena conciencia común (...) y la aceptación del hecho de que cada uno comete errores y que debe protegerse de ellos" (traducción de la autora) (Tunc, 1981, p. 129).

- Mengoni, L. (1954). Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni “di mezzi”. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* (1): 185-396.
- Mosset, J. (2005). Libro de homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe (pp. 35-45). Buenos Aires: Ediciones UNL.
- Mosset, J. & Lorenzetti, R. (1991). *Contratos médicos*. Buenos Aires: La Roca.
- OMS (2001). Calidad de atención: seguridad del paciente. Informe de la Secretaría. Consejo Ejecutivo, 109.ª reunión. Punto 3.4 del orden del día provisional. Recuperado de <http://www.binasss.sa.cr/seguridad/articulos/calidaddeatencion.pdf>.
- Penneau, J. (1974). Faute et erreur en matière de responsabilité médicale. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 26 (4): 948-949.
- OCDE (2006). Proyecto sobre indicadores de calidad en salud. Recuperado de <http://www.itaes.org.ar/biblioteca/IndicadoresQOCDE.pdf>.
- Quintero, M. A. (2012). *La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del Estado. Una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado*. Tesis de Maestría del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. Inédita.
- Ross & Rosenthal (1973). Non-Fault-Based Medical Injury Compensation. En: US Department of Health, Education and Welfare (HEW) (Ed.). *Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice*, Washington, DC.
- Smith, R. (1982). Compensation for Medical Misadventure and Drug Injury in the New Zealand No-Fault System: Feeling the Way. *British Medical Journal*, 284: 1457-1459.
- Tapia, M. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho*, 15 (2): 75-111.
- Thomas, E. J., Studdert, F. M., Burstin, H. R., Orav, E. J., Zeena, T., Williams, E. J. et ál. (2000). Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado. *Med. Care*, 38: 261-271, recuperado de <http://www.ahcpr.gov/consumer/2otips.htm>.
- Tunc, A. (1981). *La responsabilité civile*. París: Económica.
- Viney, G. & Jourdain, P. (1997). L'indemnisation des accidents médicaux: che peut faire la Cour de Cassation. *J.C.P. Semaine Juridique*, Ed. G., I, 4016.
- Viney, G. & Jourdain, P. (1998). *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. París: L.G.D.J.
- Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil* (Vol. 1) (pp. 271-272). Buenos Aires: Astrea.
- Yépez, S. (2004). La nueva ley francesa de derecho médico. *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 17: 12-30.
- Woolcott, O. (2002). *La responsabilidad civil de los profesionales* (pp. 522 y ss.). Lima: Ara.
- Woolcott, O. (2007). *Salud, daños e indemnización*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Woolcott, O. (2013). Los daños médicos y el sistema de salud a la luz de la seguridad de los pacientes, de la responsabilidad civil a la seguridad social. *Revista Práctica Derecho de Daños*, 115 (11): 6-20.