EDUAR FELIPE NEGRETE DORIA¹

WORD TYPE

Reflection

ARTICLE HISTORY

Received: 12/15/2018

Accepted: 23/02/2019

ARTICLE LANGUAGE.

Español

KEYWORDS

Lex Aquilia y lex artis.

Medium-term and outturn obligations.

Strict and subjective responsibility.

Static and dynamic load of the test.

Abstract

The topic refers to the medical liability and is developed from the hermeneutic history perspective of classical Roman law supported by Robert Alexis' legal theory of argumentation. It presents the need of comparative studies in law, as a way to address fundamentals and transversal legal criteria in order to face its own nature. In which, legal principles such as proportionality, self-liability, human behavior, objective risk, rupture of law, and the position of guarantor, among others, for its conceptual development, especially about what concerns to the evolution of the patrimonial liabilities, starting by the principle of the burden of proof, approached from the obligations of means and result and taking into account the legal tension in court decisions. The different judgments are developed based on classic and famous cases of Roman law that deal with various events.

¹ Licenciado en Ciencias Sociales, Abogado, Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda - Sede Santa Marta, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Tanto Tomas, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Sinú, Especialista en Investigación aplicada a la Educación, Especialista en Derecho Procesal Público, docente de la Universidad Cooperativa de Colombia. E-mail: enegretedoria@gmail.com

CRITERIOS JURÍDICOS SOBRE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Legal criteria on responsibility medicates in classical Roman Law

Eduar Felipe Negrete Doria
Universidad Cooperativa de Colombia

RESUMEN

El tema hace referencia a la responsabilidad médica y se desarrolla desde la perspectiva histórica hermenéutica del derecho clásico romano con base en la teoría jurídica de la argumentación de Alexis. Plantea la necesidad de estudios comparativos en derecho, como una forma de abordar fundamentos y criterios jurídicos transversales para confrontar su naturaleza. En él, se hace uso de principios jurídicos como el de la proporcionalidad, autorresponsabilidad, conducta humana, riesgo objetivo, ruptura del derecho y posición de garante entre otros para su desarrollo conceptual, especialmente en lo que corresponde a la evolución de la responsabilidad patrimonial partiendo del principio de la carga de la prueba enfocado desde las obligaciones de medio y de resultado y considerando la tensión jurídica en las decisiones judiciales. Los diferentes criterios jurídicos se desarrollan con base en casos clásicos celebres del derecho romano que tratan diferentes eventos.

Palabras claves: Lex Aquilia y lex artis, Obligaciones de medio y de resultado, Responsabilidad objetiva y subjetiva, Carga estática y dinámica de la prueba

INTRODUCCIÓN

Vale la pena cuestionar si los fundamentos del derecho clásico romano relacionados con la culpa aquilina y la responsabilidad médica siguen imperando en el derecho colombiano y hasta qué punto esa marcada tradición romanista sigue perviviendo en el derecho actual.

Para responder estas preguntas, se necesita desarrollar y profundizar en tres aspectos a saber: Obligaciones, responsabilidad y carga de la prueba, donde se tenga en cuenta el análisis jurisprudencial de los clásicos frente a la tensión entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, apoyado en la tensión de las obligaciones de medio y de resultado, para de esa forma comprender mejor los criterios que gobiernan la temática.

El antecedente histórico, es el análisis de casos relacionados por los clásicos como Próculo y Labeón, cuyo estudio pertinente sobre responsabilidad médica permite reflexionar sobre la visión general que los romanos de esa época.

Teniendo en cuenta lo anterior, se propone como hipótesis de trabajo, que la tensión entre obligaciones de medio y de resultado se usó en el derecho clásico romano de manera hegemónica.

Por otro lado, con el presente artículo se asume una posición pragmática frente algunas conductas humanas aplicables a la teoría de las obligaciones y en particular sobre la obra de Schülz (1990, p.80,81) la que permiten mostrar inicialmente la forma original de la casuística romana clásica respecto a la responsabilidad médica, su carga de la prueba, y consecuentemente, su aporte al derecho de la responsabilidad contractual y extracontractual que nos trae a la actualidad mediante la jurisprudencia reciente del Consejo de Estados, en cuanto, aborda la problemática considerando las obligaciones de medio y de resultado.

El objetivo general es aplicar los criterios jurídicos de las obligaciones de medio y de resultado en casos de responsabilidad por falla del servicio médico para describir las tendencias jurisprudenciales en el mundo del derecho clásico romano.

Finalmente se llega a unas conclusiones breves que ubican al lector en el mundo antiguo perviviente del derecho romano.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DERECHO ROMANO

La época clásica del derecho en Roma es la más importante por su producción intelectual. En dicho momento, florecieron las primeras escuelas y se desarrolló la profesión del jurista. Los clásicos, eran maestros en el arte del derecho y se dedicaban en forma exclusiva a esos oficios. La escuela de sabinianos y proculeyanos, reflejó un momento importante para el derecho romano que finalmente culmina con el desarrollo de la técnica jurídica de la época postclásica con Justiniano, quien recoge el legado de los clásicos y lo organiza en sus obras tales como el Digesto, las institutas, las pandectas y las novelas. Sin embargo, fueron Próculo y Labeón los que iniciaron en forma sistemática en sentencias breves sus debates sobre responsabilidad médica que posteriormente fueron agregadas al Digesto y otras obras postclásicos.

PRÓCULO Y LABEÓN, CLÁSICOS VIVIENTES DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Los clásicos como Próculo y Labeón, aplican conceptos jurídicos y médicos para resolver casos específicos. De esta forma, en las Institutas de Justiniano, (L.IV, T.III. p.6) que recoge un pensamiento jurídico predominantemente clásico, se hace referencia a la responsabilidad médica así: “si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa”. En ésta disposición y el

criterio adoptado es el de la culpa con responsabilidad objetiva, pues sólo basta que el médico haya operado y que haya abandonado el proceso de atención en el postquirúrgico para que se le atribuya la responsabilidad por culpa, de tal manera que se está en presencia de una norma perentoria que deja claro la existencia de criterios como la obligaciones de seguridad a cargo de quien presta el servicio.

Este criterio es básico y es retomado en la actualidad por el Consejo de Estado colombiano. Igualmente, hace uso de la temporalidad cuando expresa «después...» con base en lo anterior, los clásicos usaron las categorías de causa y efecto, de tiempo y espacio lo que permite plantear muchos supuestos facticos que pueden ser por lo tanto reutilizados para otros casos jurídicos ya que abstractamente expresan una tendencia casuística donde los criterios identificados son en particular las obligaciones de seguridad y la responsabilidad objetiva.

Siguiendo con el texto de Gai, se consagra: “lo mismo vale si hubiese usado mal un medicamento. Sin embargo, el que hubiese operado bien y hubiese abandonado la curación, no estará exento, sino que considera reo de culpa”. (Gai. D.9.2.8 pr.). En este caso, se colige un criterio objetivo conforme a una tendencia casuística que vale para la época, salvo que no se presenten justificaciones que exoneren de responsabilidad al médico. De esta forma, tanto antes como ahora la problemática jurisprudencial sigue siendo válida en la medida que se haga un análisis integral.

De lo anterior, se destacan la aplicación de los criterios jurídicos de la culpa por abandono que se hizo referencia y hace necesario recurrir a las obligaciones de seguridad y considerar que se trata de dos momentos donde se presta el servicio médico. El primero, cuando se usa mal el medicamento, (criterio del uso adecuado) y por tanto, se está ante la prestación del servicio dentro del establecimiento y que además nos traslada a la culpa «in eligendo», y el segundo, con posterioridad a la operación, que implica una culpa por imprudencia, ya por el acto del abandono del médico al paciente que implica una desconexión de las obligaciones de manera voluntaria y por tanto, pone en riesgo al paciente, llevándonos a la necesidad de precisar los diferentes criterios por culpa, según sea el estado de gravedad. Así, por ejemplo, en la Instituta (LIV, T.III, P.7), se tienen estos criterios jurídicos:

la impericia se cuenta también como culpa; por ejemplo, si un médico ha muerto a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado inoportunamente algún medicamento¹.

De lo descrito, se tienen los criterios de pericia o dominio de una ciencia o arte y de extemporaneidad del servicio, los que deben ser considerados para comprender el fenómeno de la responsabilidad médica como praxis compleja.

Por otra parte, en las institutas de Gayo², se expresa que la acción del daño injusto sobre las cosas está establecida por la ley Aquilia [...] (la cual es el resultado de la fricción social entre patricios y plebeyos, en el año 468 de Roma). Así, el plebiscito del tribuno Aquilio derogó la regulación de las doce tablas sobre el daño, desarrollando la vieja institución «damnum iniuria datum», que le da en Roma un carácter eminentemente penal pero que en las legislaciones actuales se le atribuyen aplicaciones en el derecho civil especialmente, con lo que corresponde al concepto de «damnum» al que hoy se denomina daño y se convierte en una institución básica para la teoría de las obligaciones en general, lo mismo que el concepto de injuria, el cual se aproxima al tema de estudio si se atiende el tenor literal de las institutas de Gayo, 220:

Hay injuria, o sea daño personal, no solo cuando se pega a alguien con el puño o con palo, o cuando se le azota, sino también cuando se le afrenta públicamente, ya diciendo a voces que es insolvente, a pesar de saber que no debe nada, ya escribiendo un libelo o una copia infamatoria, ya asediando a una mujer honrada, o a un joven, y, en fin, de otros muchos modos (Ortiz, 1985, p. 442).

Esta disposición permite darle una interpretación extensiva y por ello se estima que partiendo de esta redacción se transformó y trasladó a la época actual por medio de las interpolaciones realizadas posteriormente en el derecho de Justiniano en la edad media, la moderna y en la edad contemporánea logrando transformar el concepto del derecho clásico de carácter penal al sistema del derecho civil de las obligaciones en la actualidad, ya que las obligaciones surgían sea de un contrato o de un delito permitiéndose con el tiempo darle una utilidad en el área del derecho civil, como actualmente sucede, mientras que en la legislación romana, la dosimetría de la ley Aquilia trae la tasación proporcional cuando determina su equivalente al mayor valor que haya tenido la cosa en el año (Institutas. L.IV.T.III. P.9) y por lo tanto, expone la proporcionalidad de la sanción como criterio básico actuario.

Lo anterior, permite entrar en el campo de las jurisdicciones civil y penal que para el tema de estudio. De tal forma, es viable tratarlo en la medida que se genere con el análisis de la conducta del médico alguna infracción, y que por tanto, comprometa su nivel de obligaciones, según el caso, por lo que vuelve en consecuencia la tensión entre obligaciones de medio y de resultado, en la medida que para el derecho clásico frente a la ley Aquilia se abre la posibilidad de la conducta culposa que permite la indemnización ya que la evolución de la norma ha transformado la naturaleza de la ley Aquilia de carácter penal a naturaleza civil. De esta forma, la clasificación de obligaciones de medio y de resultado obedece al desarrollo teórico del derecho moderno en la que se aplican criterios de lógica jurídica aristotélica.

En ese sentido, la casuística es la característica relevante de la época clásica, tanto que los estudio por parte de los juristas como Gayo, Próculo y Labeón, han dejado posiciones claras respecto a las tendencias y criterios que adoptaban los romanos frente al tema de la responsabilidad médica, es así como del siguiente fragmento se comprende que la estructura de dicha norma contiene elementos del principio de proporcionalidad en lo que corresponde a la forma hipotética que propone. De esta manera, referencia conductas probables relacionadas con las condiciones físicas de salud de las personas al considerar la resistencia humana como elemento determinante en la asignación de las obligaciones cuya aplicación está dada por el estado natural de las cosas que es de carácter óntico:

pero si alguien hubiere golpeado levemente a un esclavo enfermo, y este hubiere muerto, dice justamente Labeón que aquél queda obligado por la ley Aquilia, porque los mismos golpes no son mortales para todos. (Schulz, 1990, p.80).

Otro fragmento, que refuerza lo antes mencionado y aplica a la responsabilidad médica clásica expresa lo siguiente:

Dice Próculo que, si un médico hubiere operado con impericia a un esclavo, compete a la acción de la locación o de la ley Aquilia. Schulz (1990, p.81). En Ulp. 18 ed. D.9.2.7.8.

En consecuencia, entre los elementos de análisis están la impericia, que para el derecho clásico fue un asunto de facto, ya que se partía de la honestidad del galeno quien al efectuar el procedimiento se presumía su idoneidad con apoyo en la *bonae fide*, pero cuando ello estaba en duda, la norma no contempla la forma o procedimiento para cuestionar, pero con la aplicación de los principios o modelos como el buen padre de familia, o buen administrador, al pretor le correspondía acudir a los jurisconsultos para que con base en la respuesta aplicaran el precepto adecuado. Estos principios, como el de la buena fe y los valores de honestidad, responsabilidad y confianza se veían afectados permanentemente en la sociedad romana lo que generaba una jurisprudencia mutable e insegura.

Para el caso, por tratarse de un esclavo la situación jurídica cambia adjetivamente ya que la jurisdicción no es la penal sino la civil y el asunto procurado es de naturaleza indemnizatoria y patrimonial en la cual estaba permitida la composición o pago de obligaciones mediante indemnización. En este caso, el criterio dominante es el económico propio de una sociedad esclavista y patrimonial. Otra posibilidad que se podía dar era cuando con el asunto se afectaba un derecho de un ciudadano romano libre o *sui iuris* patricio, porque en tal caso, se aplica por regla general el derecho penal público, sea por lesiones personales o por homicidio lo que le da un carácter propio al derecho romano.

De esta manera la responsabilidad según Labeón exigía un nexo causal directo como en el caso de la comadrona que da una medicina equivocada que causa la muerte, (Ulpiano, D.9, 2, 9, pr-1). Mostrando, además, una norma perentoria y clara: “Queda obligado por la ley Aquilia”, entonces, la fuente de la obligación es la lex, con base la conducta que se considera crimen o delito según el caso. Conforme a lo antes expresado, crimen o delito, según se estuviese en el derecho penal público o privado, genera toda una regulación procesal dual atinente al criterio de la jurisdicción de la actualidad. Lo interesante del fragmento (Gai. 7 ed. Prov.D.50.17.132), es que atribuye directamente el concepto de impericia y de culpa (imperitia culpa adnumeratur) homologando la conducta a una forma de responsabilidad objetiva sin considerar los aspectos subjetivos o facticos ya que la culpa clásica romana es eminentemente objetiva y su carácter subjetivo fue fruto de una interpolación de juristas bizantinos la cual fue acogida por el derecho colombiano actual luego del traslado de las normas europeas (Álvarez, 201, p.150).

Esta es la tesis relevante de la discusión del origen de la culpa y la forma como se cambió su verdadero sentido propuesto por los juristas clásicos que se convierte en relevante al momento de analizar los respectivos fragmentos, ya que, al sistematizar en las otras hipótesis se deja clara la posición racional, por ejemplo, se hace alusión a la proporcionalidad como, por ejemplo, cuando el zapatero le saca el ojo al niño aprendiz luego de un golpe. En este caso, se reflexiona sobre esas circunstancias fácticas donde la valoración de la conducta está asociada al deber de cuidado y por lo tanto, la proporcionalidad de la acción se da por los efectos directos del golpe y la forma como ocurrieron los hechos.

Pero cuando la norma expresa: *“iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur, itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quo dam damnum committit* (Gai. 3.211), se comprende que contiene una tendencia finalista y con base en el análisis abstracto de la norma se observa por ejemplo que el concepto de “injustamente” se convierte en criterio básico para valorar la conducta en forma integral.

En esencia, la norma romana es clara al determinar que no es posible castigar cuando no exista dolo o culpa, en este sentido, se aleja de la teoría de la responsabilidad objetiva y se matricula en la tendencia de la responsabilidad subjetiva, mientras que con reglas como: “si un hombre hubiese muerto a consecuencia de unas heridas, y esto no hubiese sucedido por ignorancia del médico o negligencia del dueño, con razón se demanda por muerte injusta de aquél”. (Alfeno 2 dig. D.9.2.52 Pr.). El planteamiento es otro, pues se aproxima a un elemento que no está claro y que tiene el carácter de objetivo (cualquier cosa que no sea la

ignorancia del perito o la negligencia del propietario) siendo viable entonces proceder a demandar en esos eventos y permitiendo hacer uso del argumento de la probabilidad con ocasión a la posible causa de la muerte en actividades medico quirúrgicas que pueden tornarse como propias de responsabilidad.

En este sentido, con el uso de la lógica es posible visionar naturalmente el caso ya que por ejemplo se parte del concepto que cuando se mata injustamente ello ocurre no en virtud de una ley, sino por dolo o por culpa³ del sujeto lo que permite deductivamente establecer las premisas de la responsabilidad subjetiva que hemos heredado y que han servido de base para las teorías neoclásicas como las del hecho probado entre otras recogidas en el derecho colombiano en sentencias⁴.

Estos son los principales casos que la doctrina del derecho clásico romano registra de responsabilidad médica toda vez que la forma como los prudentes resolvían los casos mediante debates particulares permitiendo llevar para cada caso un análisis diferente con base en criterios mutables y con relación al poco número de casos encontrados se debe a la gran interpolación realizada por mandato de Justiniano y todo el proceso de recopilación previo a la época postclásica del jurista antes mencionado.

CONCLUSIONES

En Roma se acogió un sistema mixto que viene heredado de la ley de las Doce Tablas donde existió la responsabilidad penal y la responsabilidad de carácter indemnizatorio simultáneamente, la que ha llegado a la legislación civil colombiana en forma compleja hasta el punto de encontrar su desarrollo doctrinal y jurisprudencial para destacar entre otras cosas, las formas de la mala praxis médica que se muestran como creadoras de riesgos y que conforma principalmente los deberes de la *lex artis*.

El análisis paralelo de los criterios jurídicos se justifica con la apreciación de la teoría trasladada el derecho romano en Latinoamérica lo que se concreta con los trabajos compiladores de Andrés Bello en el código civil y que luego sirvió de fundamento al derecho administrativo con apoyo en los criterios de las obligaciones de medio y de resultado dentro del sistema del derecho subjetivo y del derecho objetivo a principios de siglo XX con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que sirvieron para marcar la pauta interpretativa jurisprudencial la que se mostró como analítica clásica frente a las instituciones de la responsabilidad civil extracontractual y contractual nacida con ocasión de la prestación de servicios médicos y con la evidente coincidencia de los criterios jurídicos compartidos entre Roma clásica y la doctrina del Consejo de Estado en la actualidad.

El derecho clásico romano ofrece un enfoque casuístico de la responsabilidad médica cuando remite sus soluciones a la *lex Aquilia* en los casos por culpa o dolo. El tema de la competencia y la posibilidad de opción a favor de la víctima de acudir al sistema penal o civil romano le otorga unas características propias totalmente diferente al sistema colombiano que a su vez tiende a la aplicación compleja de la *lex artis* y a la resolución de casos con identidades propias que han venido modelando el papel de la jurisprudencia en temas de responsabilidad médica.

Notas

1. Se puede reforzar, con la sentencia T-118ª/2013, en la que entre otras cosas se consideró: “...Estimó que existió culpa de los médicos tratantes de la paciente en la etapa postoperatoria, porque de acuerdo con el informe técnico rendido por Medicina Legal, “el tratamiento que recibió la paciente en el periodo que siguió la colecistectomía abierta estuvo lejos de ser el adecuado para tratar la dolencia que deparó su deceso, habida cuenta que era posible, aún más previsible que se desencadenara en ella un cuadro infeccioso el cual vino a descubrirse tardíamente cuando sus condiciones generales de salud se tornaron críticas (...)”.
2. Gayo, se dio en la tarea de clasificar binariamente a las obligaciones, aunque luego surgiera la clasificación terciaria y finalmente cuaternaria, donde cuasi delitos y cuasicontratos conformaban igualmente, fuentes de las obligaciones, lo mismo que la ley, aunque posteriormente, ya en época de Justiniano. (Ortiz, J. 1985, 352-353).
3. Se puede leer sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de agosto de 2009, en la que se trata aspectos de la ley *Aquilia*: La *Lex Aquilia*, cuyo origen probable se atribuye a un plebiscito del tribuno AQUILIO en el año 286 a.C., manteniendo la sanción electiva de otrora, trató del *damnum iniuria datum* por lo “que se hizo no según el *ius*, esto es, contra el *ius*” (ULPIANO, D. 9.2.5.1: *quod non iure factum est, hoc est contra ius*; D.47.10.1, pr: *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne quod non iure fit, iniuria fieri dicitur*), “aún por aquel que no quiso causarlo” (*etiam ab eo, qui nocere noluit*, ULPIANO, 9.2.5.2). (CSJ, 2009), también de forma amplia el desarrollo de la responsabilidad objetiva en actividades peligrosas.
4. En este fallo, se niegan las pretensiones de la demanda, argumentando la necesidad de aplicar la teoría del hecho probado o falla probada, a pesar de existir dictamen médico legal que acredita la falla médica, como prueba de una exagerada aplicación de la carga de la prueba. (Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de fecha 7 de junio de 2012, M.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Rad. 23001233100019980035901) y también, Al respecto, se expresa: “...A pesar de lo anterior, cuando en presencia de hechos claros como la muerte de una persona por casusa de una intervención en quirófano, luego de acreditar la forma como se ingresó personalmente en buen estado de salud a la clínica respectiva y con el fin de que se le corrigiera una dificultad del tabique nasal que le impedía recibir alimentos normalmente y en consecuencia, se determinó la necesidad de una cirugía de fistula naso palatina y septo plastia y sin embargo, posteriormente por falla anestésica, fallece posteriormente, conforme a dictamen médico legal”. Se deja clara, la existencia de la falla médica y el juzgador desatiende esta información. Negrete, E. (2015: 35-39).