

MESA REDONDA

Responsabilidad médico legal del cirujano

Coordinador: Dr. Guaymirán Ríos Bruno¹Panelistas: Dres. Carlos Berlangieri², Guido Berro³,
Armando Tommasino⁴, Alberto R. Ferreres⁵**Palabras clave:** Responsabilidad legal. Ética profesional

Introducción

Agradecemos en primer término a las autoridades del Congreso por habernos conferido el honor de organizar y dirigir esta mesa sobre responsabilidad médico legal de los cirujanos.

Estamos acompañados por distintos especialistas que han dedicado mucho tiempo al estudio y que permanentemente actúan en distintos aspectos del tema.

El Dr. Alberto Ferreres es abogado, médico y asesor médico legal en la República Argentina, al que le he solicitado nos exponga la situación imperante en ese país.

El Dr. Carlos Berlangieri, abogado, que ha ocupado altos puestos en la Judicatura Nacional, catedrático de la Facultad de Derecho, colaborador permanente en la cátedra de Medicina Legal de nuestra Facultad de Medicina, perito habitual en los tribunales en casos de responsabilidad profesional.

El Dr. Armando Tommasino, ex presidente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay con más de 30 años en la Judicatura, con varios años de experiencia en el tema y profundos estudios publicados sobre el mismo.

El que habla, con 40 años de experiencia quirúrgica, fue profesor titular del Departamento de Emergencia en el Hospital de Clínicas, con amplia experiencia como médico forense y actual director del Departamento de Emergencia del Hospital Policial,

ha actuado como perito en múltiples situaciones de inconductas médicas. Fue presidente de la Comisión Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay y es consultor de un proyecto sobre Colegiación Médica y Código de Ética elevado a las autoridades del Sindicato Médico del Uruguay en el año 1969.

En el siglo pasado dijo Porthes que «la consulta médica es un encuentro entre una conciencia con una confianza» pero con el devenir de los años y por distintos motivos en el momento actual podemos decir que el acto médico se ha convertido en una «exigencia que encuentra una desconfianza» y esto tiene por causa, lo que a nuestro criterio es lo fundamental en estas situaciones que es la rotura de la relación paciente–familiar médico. No nos detendremos a analizar los motivos de estas situaciones conocidas por todos los presentes pero sí podemos, siguiendo a Krankowski, hacer resaltar algunas características que hacen a los médicos proclives a los juicios y de ellas hacemos resaltar dos.

- 1) Incapacidad de establecer lazos de calidez con el paciente y su familia.
- 2) Exageración para el trabajo y la productividad (multiempleo) lo que lleva a no prestar la importancia debida a las relaciones humanas.

Nos reunimos para discutir un problema serio que se plantea cada día con mayor frecuencia y complejidad en el quehacer del cirujano.

«Haz que yo no vea en quien sufre sino al prójimo, que mi espíritu permanezca siempre claro en el lecho del paciente sin pensamiento alguno extraño incapaz de distraerlo para que recuerde todo cuanto la ciencia y la experiencia me han enseñado».

Hasta hace 20 años la búsqueda del diagnóstico y la correcta terapéutica a aplicar llenaban la mente del cirujano y a esa actitud le deben la vida muchos pacientes. En el momento actual planean constantemente sobre el cirujano los problemas del juicio civil o penal y esta situación —a mi criterio— ha hecho que muchos pacientes paguen con su vida esa actitud abstencionista del cirujano y que muchos pacientes de gran riesgo no reciban la oportunidad mí-

1. Director del Departamento de Emergencia del Hospital Policial.

2. Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho.

3. Médico Legista. Profesor Agregado del Dpto. de Medicina Legal. Facultad de Medicina. Médico Forense del Poder Judicial.

4. Abogado. Ex-presidente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay.

5. Docente Adscripto de Cirugía. División Cirugía Gastroenterológica, Departamento de Cirugía, Hospital de Clínicas «José de San Martín», Universidad de Buenos Aires. Médico Forense de la Justicia Nacional, Argentina.

Presentado como Mesa Redonda en el X Congreso Latinoamericano de Cirugía. 44 Congreso Uruguayo de Cirugía. Punta del Este. Diciembre de 1993

nima, pero oportunidad al fin de un acto quirúrgico de salvataje.

Nuestro arte no puede estar supeditado a nada que no sea la salud y la vida del paciente.

¿Cómo hemos llegado a esta situación? Por varios factores.

- 1) La inadecuada preparación actual que le da al médico la Facultad de Medicina.
- 2) El multiempleo, que no le permite al cirujano dedicarse por entero a cultivar su arte.
- 3) La falibilidad del acto médico («La medicina es un arte conjetural antes que una ciencia exacta» E. Battaglini).
- 4) La aparición de un verdadero filón que representó para algunos abogados, la codicia, el deseo de

venganza y retribución de pacientes y familiares. Es así que los cirujanos que antes decíamos «vamos a darle la última chance a este paciente», decimos ahora «qué problemas podrá traernos si lo operamos».

- 5) Los pacientes y en especial sus familiares, entre los que siempre existe un «entendido opinador», un suspicaz y muchas veces desgraciadamente un colega que desde afuera, sin conocer la esencia de la enfermedad del paciente, opina, da ideas y siembra dudas entre la familia.

Pensamos que después de las exposiciones que seguirán se aclararán algunos conceptos que confiamos pueden ser de gran utilidad para los cirujanos.

Responsabilidad profesional Situación actual en el Uruguay

Dr. Carlos Berlangieri

A mediados de la década de los 80 y más concretamente a partir del año 1985, los Tribunales Civiles comenzaron a registrar un fenómeno que en su primer momento causó honda conmoción en el ambiente no solo médico, sino jurídico: por primera vez en la historia jurídica del Uruguay se demandaba masivamente por responsabilidad civil médica.

Los repertorios de jurisprudencia no consignaban situaciones como las referidas. A excepción de un juicio ventilado sin pena ni gloria contra la Universidad por una patología nosocomial adquirida en el Hospital Universitario y que se focalizó desde el punto de vista jurídico como una hipótesis de responsabilidad del Estado por mal funcionamiento del servicio, los recopiladores de decisiones judiciales no habían frecuentado esta temática.

A partir de 1985, con la reinstalación del régimen democrático en el país, la sociedad adopta un perfil reclamante y en ese perfil se inserta la reclamación por actos médicos cumplidos con negligencia o impericia, situación que algunos llaman «mal praxis médica» y que en lo personal nos parece más técnico (al menos para nuestro derecho positivo) definir como responsabilidad médica, encarada como una forma de algo más amplio, más general que es la responsabilidad profesional.

A casi diez años de aparición de las primeras demandas y tomando esa medida de tiempo como referente, corresponde hacer un balance de la situación y aventurar un pronóstico de la misma.

La primera constatación que se efectúa cuando se balancea el fenómeno es que el número de demandas no coincide con el número de condenas.

En nuestro derecho positivo, como en cualquiera de los sistemas jurídicos de raíz románica la demanda no es otra cosa que poner en movimiento los mecanismos jurisdiccionales que el Estado dispone, en ejercicio del derecho de petición que todos los ciudadanos mayores de edad y capaces pueden movilizar. La condena es la decisión jurisdiccional consiguiente, es la respuesta que el Estado a través del Poder Judicial independiente brinda a efectos de recomponer la ecuación social que se vulneró por la violación de una norma cualquiera, contractual o legal.

Así las cosas, en la especie que nos ocupa constatamos que el número de demandas es notoriamente mayor que el número de condenas, lo que alienta la impresión de que muchas demandas fueron artificiales, frívolas, inconsistentes o se transó el juicio antes de que éste llegara a la sentencia.

Esta última situación nos preocupó sobremanera y en investigaciones llevadas a cabo a efectos de averiguar la verdad material de estos hechos, advertimos que en ningún caso se había transado el juicio, por lo que la afirmación inaugural en el sentido de que las demandas eran más numerosas que las condenas se confirmó.

Una segunda constatación, que se efectuó a través de un estudio que llevó a cabo el Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Medicina, fue que el número y la cantidad de sentencias de condena era sensiblemente menor al que se difundía en reuniones y congresos. En efecto: de las 24 sentencias dictadas por los Tribunales de Apelaciones en

lo Civil, sólo 18 de ellas condenaban específicamente por responsabilidad médica a las Instituciones de Asistencia Médica Colectivizada. Y decimos esto por cuanto la encuesta cubrió a las IAMC ya que las mismas dan cobertura médica a cerca de 650.000 personas en todo el territorio nacional.

La tercera constatación apuntó que el fenómeno era típicamente montevideano. De las sentencias computadas en el estudio, solo dos pertenecían al interior del país. El resto era de Montevideo. Si se tiene en cuenta que la población del país se divide por mitades entre Montevideo y el interior es fácil concluir que el grueso de la población reclamante se focaliza en la capital, confirmándose así el principio macrocefálico de la capital sobre el interior. A esta constatación hay que teñirla, además, con una serie de componentes sociológicos cuyo examen supera, en mucho, los alcances de esta exposición.

Una cuarta constatación nos lleva a la afirmación que el monto de las condenas no alcanza, ni por asomo, los montos que el vulgo ha difundido, en especial sectores interesados de las IAMC que han acusado a esta conducta de la población de ser la causante de sus quebrantos financieros. En efecto, del examen de las decisiones registradas, la mayor condena se centró en un niño que a consecuencia de un agravio cerebral producido por una negligencia anestesiológica ha quedado en estado vegetativo. Este episodio que tuvo derivaciones penales que involucraron al equipo quirúrgico, motivó una condena de U\$S 37.000 siendo hasta donde llega nuestra información la mayor sanción pecuniaria impuesta por nuestros tribunales.

A medida que el fenómeno fue adquiriendo formas diferentes y las distintas especialidades médicas revieron sus posturas y mejoraron sensiblemente sus comportamientos, fue dable apreciar que la preocupación por la difusión del fenómeno redundó sensiblemente en un mejoramiento del comportamiento médico frente a distintos aspectos que con anterioridad se descuidaban. Fue así como en reiteradas convocatorias se hizo especial hincapié en la redacción correcta de las historias clínicas como forma de documentar adecuadamente los actos médicos. La historia clínica pasó a ser el documento médico-legal por excelencia, aquel que servía como respaldo al quehacer médico. Se obtuvo así un sensible mejoramiento en la escrituración de los actos médicos, aspecto este fácilmente advertible hoy por hoy en los expedientes judiciales.

Fue así como aparecieron en nuestro medio los protocolos de consentimiento, documentos prácticamente desconocidos diez años atrás.

Con relación a ellos, se advierte que los mismos son tomados de ejemplos anglosajones de difícil aplicación a nuestro derecho de raíz románica y napoleónica. Ese defecto en la estructuración del documento, así como el hecho de que en muchas

oportunidades no sea el propio médico el que lo toma (delegando la función en personal de enfermería o auxiliares) descalifica el protocolo y lo torna prácticamente inservible como instrumento de defensa del técnico ante la necesidad de obtener del paciente un consentimiento válido e informado.

La relación médico-paciente ha sido siempre el pivot de esta situación.

Cuando la investigación que protagonizamos, junto al Prof. Mesa, ingresó en la averiguación de la verdad material que motivó la promoción del juicio, advertimos que el fenómeno reconocía como antecedente inmediato una fractura de la relación médico-paciente. Esta fractura operó como desencadenante de la reclamación e instaló en el panorama médico este fenómeno que a todos nos preocupa.

En reiteradas oportunidades hemos insistido en la necesidad de un mejoramiento de esa relación. Militan en contra de ello el multiempleo médico, el tiempo de atención al paciente y, fundamentalmente, la formación del técnico, aspecto este que está siempre presente cuando se aborda un examen del fenómeno que nos ocupa.

Pero por encima de estas consideraciones, de reafirmar una vez más que la relación médico-paciente debe abjurar definitivamente de la cosificación de los pacientes para hacerlos sentir sujetos de derecho en la relación que se entabla, cabe reafirmar como válidos aspectos que consideramos medulares.

Y ellos no son otros que la necesidad de una historia clínica correctamente escrita, historia que el paciente debe y puede conocer. Nos parece redundante tener que insistir –aún hoy– con la afirmación de que es el paciente quien tiene derecho a llegar a su historia, examinarla, retirarla de la institución dejando el original en la misma. Episodios que profesionalmente hemos protagonizado recientemente nos llevan a tener que reafirmar –una vez más– que el paciente y, por qué no decirlo, el Poder Judicial pueden disponer de las historias por encima de decisiones burocráticas.

El secreto médico, parece ser otro de los pilares de una correcta relación médico-paciente. Si bien es cierto que no existe en el país –hasta donde llega nuestra información– juicio alguno por responsabilidad médica basado en la rotura del secreto médico, es de buena política tuitiva resaltar el punto como pilar fundamental de una correcta relación médico-paciente.

Así planteadas las cosas, el panorama de la última década del siglo parece estar presidido por algunos fenómenos puntuales que nos interesa destacar como aspectos medulares de la cuestión.

Sin haber repasado el trabajo de investigación que anotáramos y que cubrirá en su momento los años 1980–1990, no hay duda de que el número de demandas ha aumentado en lo que va de 1990 a la

fecha. Esta constatación se advierte a nivel de los servicios jurídicos de las IAMC y de los propios tribunales, así como en los repertorios de jurisprudencia, los cuales dedican un capítulo específico al tema, a sugerencia nuestra.

Ese aumento se acompasa con un exceso en el monto de las reclamaciones, las cuales superan –muchas veces– los cientos de miles de dólares en un afán por obtener transacciones.

Existen instituciones que han llegado a acuerdos con sus pacientes fuera de los estrados judiciales, a partir de una información interna (sumario) realizado con las máximas garantías y por técnicos calificados. Esta conducta es –en nuestra opinión plausible– por cuanto adelanta la posibilidad de satisfacer un crédito al paciente, que de cualquier manera lo va a obtener judicialmente, despeja la incertidumbre y los avatares del juicio y recompone la ecuación social adecuadamente. Solo enfrenta los avatares de un juicio cuando advierte que lo asiste desde su punto de vista médico, la razón. Este comportamiento, que estimamos debe primar en el medio, ha tenido excelentes resultados tanto para el cuerpo de pacientes como para los médicos involucrados.

A esas demandas –que podemos definir como «desaforadas»– se oponen sentencias de condena que reflejan una inquietante avaricia de los Tribunales. En efecto, si bien las demandas son objetivamente desmesuradas en su monto, hay sentencias que por su monto marcan un perfil de cuestionamiento al intérprete, el cual puede sostener que desde el pretorio se intenta desmotivar a los querellantes. Sabido es y quienes tuvimos que hacerlo lo sabemos también que no existe aspecto más cuestionable, ni más difícil de apreciar, que la estimación de los daños cuando no existen parámetros claros para hacerlos. Nos referimos al aspecto judicial de tasar el daño no–patrimonial o mal llamado daño moral. ¿Cuánto cuesta el sufrimiento? o lo que es aun más cuestionable ¿tiene el sufrimiento, el dolor, un precio apreciable en dinero?

Quizás en este aspecto la cuestión ronde más la filosofía del derecho que el derecho mismo como marco positivo de convivencia. Empero, el principio cardinal de nuestro ordenamiento sustantivo en el sentido que el juez no puede dejar de fallar a pretexto de que existe silencio en la norma impone que a través del arbitrio judicial se fijen condenas, que en nuestra opinión reflejan una peligrosa avaricia en su monto.

No obstante ello, hay que reafirmar que la reparación integral del daño, que algunas veces postulamos como principio inamovible de nuestro ordenamiento, no supone un enriquecimiento de quien es reparado. Ni mucho menos es un «seguro» en el sentido común del vocablo. De allí –entonces que si bien las demandas son en su planteo exorbitantes, las sentencias de condena pecan de avaras,

lectura ésta que encuentra respaldo en recientes decisiones de nuestros Tribunales.

Pero subyacentemente a esto existe un aspecto que nos proponemos estudiar en el futuro y que hemos llamado «el costo social» de esta conducta reclamante. No hay duda de que haciendo un balance de las circunstancias que han rodeado este espectro de reclamaciones, nos vamos a encontrar con que el fenómeno se ha tornado revulsivo y cuestionador en el colectivo de los médicos. El fenómeno anotado acompaña a los médicos desde hace diez años con los consiguientes altibajos que hemos tratado de examinar. Sin perjuicio de ello creemos que el costo social de este comportamiento ha sido alto y ha puesto sobre escena aspectos del quehacer médico que antes estaban limitados a congresos y convenciones. En especial, lo que dice relación con el trabajo médico y con las formas en que se presta la cobertura de salud. Si algún mérito ha tenido esta conducta reclamante de la población –conducta en nuestra opinión positiva y plausible– ha sido replantear en toda su crudeza el quehacer profesional y más concretamente el quehacer médico. Desde el cuestionamiento de si el sistema obedece a las razones que lo llevó a existir (principios de solidaridad que se encontraban en las bases de la mutualidad afinidades étnicas y religiosas) hasta afirmar si las condiciones de trabajo médico son las mejores o se compadecen con una sensación de frustración que lleva a los médicos a trabajar en condiciones que no son las mejores, pero que son las únicas, cediendo así terreno a otros intereses (económicos sobre todo) que no son precisamente los invocados en el friso fundacional del sistema.

Ese cuestionamiento se extiende también al ámbito académico, en donde el colectivo se plantea y los que estamos fuera de él aunque estrechamente vinculados al mismo si la formación técnica es la mejor y la más adecuada a nuestro medio. El punto medular de la discusión alcanza no solo al colectivo médico, sino al espectro universitario en total. La respuesta que se dé a la pregunta masificación versus excelencia podrá poner un hito en el tema.

Esa situación revulsiva ha introducido en el colectivo temor, temor que en nada beneficia a nadie. No es nuestra función desmotivar ese temor, el cual obedece a situaciones que –en la mayor parte de las veces– se relatan exageradamente y sin conocimiento directo de causa. No obstante creemos que ese temor no tiene bases ciertas, tal como lo hemos demostrado, o intentado demostrar.

En efecto, si el número de demandas ha aumentado en lo que va de la década no lo ha hecho en forma virulenta, sino que ha ido acompasando la lenta y progresiva evolución ascendente que todo fenómeno de esta naturaleza tiene hasta que se estabilice.

De un examen de la verdad material que precedió

al conflicto judicial se advierte que en su inmensa mayoría (casi 98%) la cuestión en debate se gesta a partir de una fractura de la relación médico-paciente, aspecto este que puede (y debe) ser subsanado por el colectivo. Adviértase que en el origen de todo el conflicto, el problema nace a partir de un hecho no técnico como es el buen hacer humano del médico.

Las especialidades, cuyo umbral de riesgo es el más elevado —y en ello nos atrevemos a poner a los anestesiólogos— han llevado a cabo un excelente estudio tendiente a mejorar sus condiciones de trabajo, lo cual es en nuestra opinión una plausible reacción frente al fenómeno.

En la otra punta de la línea, los siquiátras, cuya especialidad se ha mantenido invicta en este tipo de cuestiones, también han tratado de mejorar sus condiciones de trabajo en especial lo que tiene que ver con aspectos medulares como la confiabilidad y el secreto.

Hoy por hoy no hay congreso, simposio o jornada

que no dedique a estos temas un espacio relevante, signo inequívoco de la preocupación del colectivo médico y de las distintas especialidades.

Maigré tout, seguimos insistiendo que la colegiación médica y los códigos de ética siguen siendo desde el punto de vista médico-legal los marcos que mejor van a proteger el quehacer médico.

Para terminar: el colectivo se enfrenta a un fenómeno nuevo, revulsivo, que en otras partes del mundo declina inexorablemente después de haber tenido picos de virulencia importantes. El fenómeno se encarta en un comportamiento reclamante de la sociedad que ha tenido como consecuencia el replanteo y la revisión de comportamientos que hasta hace una década se daban por buenos y por válidos. Los resultados de las compulsas estadísticas no se compatibilizan con la intensidad del fenómeno mirado desde dentro del colectivo médico. Existe una preocupación por mejorar el relacionamiento del colectivo con sus pacientes a punto de partida de un mejoramiento de las condiciones del trabajo médico.

Responsabilidad médica. La pericia médico-legal

Dr. Guido Berro

Se entiende por pericia médico-forense a las operaciones médicas que tienen por fin la determinación o el esclarecimiento de un hecho de probables consecuencias judiciales.

El perito aconseja al magistrado y no resuelve, salvo que se trate de un perito arbitrador, situación que no se planteaba en nuestro medio, pero que el nuevo Código General del Proceso (CGP) en cierta forma contempla (ver art. 184).

Si bien, salvo esta situación excepcional (art. 184 del CGP), el dictamen pericial no obliga al juez, no es vinculante, dada la índole del problema sometido a juzgamiento, siempre se considera trascendente y es necesario o imprescindible para asesorar al juez, que, obvio es decirlo, no es técnico en la materia. (ver art. 187 del CGP). Y que para apartarse lo deberá hacer en forma fundada (art. 184 y 140 del CGP).

La pericia no debe considerarse como una prueba aislada, suficiente por sí misma, sino como una prueba complementaria. La misma dependerá de los demás elementos proporcionados (análisis, radiografías, historia clínica, examen pericial del paciente) y, entre ellos, uno subjetivo pero de gran trascendencia para quien debe juzgar: la confianza que merezca el facultativo, por su prestigio, por su alta especialización, por su trayectoria anterior.

Para estimar el valor del informe pericial o mejor aún para la designación del perito, se debería tener en cuenta la competencia de los peritos y sus otras

condiciones, así como los principios científicos en que se fundan. Su objetividad será fundamental; no debiendo perderse nunca. Por ello el juez debería recurrir a peritos imparciales, de confianza.

Al momento de realizar el peritaje de responsabilidad médica, la documentación médica relacionada al caso adquiere siempre tal importancia, que difícilmente pueda ser desplazada por otras pruebas o testimonios (ver art. 196 inc. 2º del CGP).

Un certificado médico, una receta, un informe de interconsulta, un protocolo operatorio, las anotaciones en una ficha de consultorio, una prescripción, el informe de autopsia, el informe anatomopatológico, o el químico-toxicológico, el certificado de defunción, son siempre valiosos elementos materiales para la función pericial. Pero el documento médico-legal por excelencia es la *historia clínica*.

Toda asistencia de un paciente, todo acto médico debe registrarse y reflejarse a través de la historia clínica (ordenanza 363/54 y 33/84 del MSP). Esta, llegado el momento, brindará al médico la posibilidad de demostrar la calidad de su ejercicio profesional.

Los jueces raramente omiten la intervención de peritos médicos, hecho que merece ser destacado, garantizando así la defensa y las sentencias. El médico perito debe actuar —como lo expresa Nerio Rojas— «con la ciencia del médico, la veracidad del testimonio y la ecuanimidad del juez» y aconsejaba: «no se

debe tener una severidad intransigente, ni una complicitad desimulada; sí comprensión inteligente de toda la situación en sus aspectos objetivos y subjetivos». Objetividad que debe dar por tierra al manido prejuicio de que los médicos se encubren.

El perito suministra al juez reglas de experiencia que el magistrado no conoce. El perito apoya sus conclusiones en los conocimientos científicos y particularmente en su experiencia y, mejor aun, en lo que se consideran reglas de experiencia.

El médico perito se sirve de los datos del presente para reconstruir lo que ha pasado, descubriendo las circunstancias y condiciones en las que se produjeron los hechos. El informe deberá vivificar los hechos.

Transmitir claramente si era, por ejemplo, una cirugía de emergencia, urgencia o coordinación. La responsabilidad no será juzgada igual según estas circunstancias. También si fue una intervención muy sangrante o no. Como se comprende no es lo mismo el olvido de gasas en la emergencia sangrante que en la coordinación. En la primera no siempre hay culpa.

Otro tema de fundamental importancia lo constituye el consentimiento. Irrelevante en las situaciones de emergencia y urgencia. Necesario para las intervenciones de coordinación. No profundizaremos hoy en los requisitos de su validez, pero recordemos que debe ser previo, libre e informado; en suma, válido. Es el consentimiento un reconocimiento a los derechos del enfermo, a su libertad y autonomía; pero ha de tenerse presente, por otro lado, las obligaciones del médico y que es él quien indica y propone los pasos a seguir según sus conocimientos y experiencia (*Jex artis*). Y que la vida es el bien jurídico superior, a defender; que sin ella no existirían los demás derechos: a consentir, a determinada religión, etc.

Cuando el paciente es apto (y no se trata, obviamente, de una emergencia o urgencia, en la que incluso por esto mismo no estaría apto), y no otorga su consentimiento, debe ser respetado, informándose y registrando en la historia clínica los riesgos. Por otra parte, no se les reconoce, jurídicamente, derecho a los familiares de disponer sobre el paciente que reúna estas condiciones; sin embargo es recomendable mantenerlos informados. Pero reafirmamos lo que ya mencionamos, el médico es quien propone y no son los familiares quienes indican, por ejemplo, determinada incisión o técnica quirúrgica. El médico indica y el paciente podrá en determinadas circunstancias negarse, no consentir.

El perito debe hacer hablar a la documentación médica en el expediente; volviéndola comprensible al juez, elaborando las consideraciones y conclusiones pertinentes. El perito no tiene por qué contestar sobre lo que no se le pregunta; y puede, sobre lo no preguntado, guardar secreto.

Cuando el médico es requerido por el juez para que lo asesore como perito, en casos de acusación a colegas por haber ocasionado, presuntamente, la muerte o un daño en la salud, deberá tener presente siempre los elementos constitutivos de la responsabilidad médica.

El autor, en nuestro caso, es el médico pero también lo puede ser cualquier profesional vinculado o quienes cumplan actividades de colaboración con el médico y en materia civil las instituciones de asistencia en primer lugar.

Es necesaria la determinación clara de existencia o no de dicha culpa. La historia clínica, como ya destacamos, es el documento médico-legal de mayor jerarquía, y a veces es tan pobre e incompleta o incluso inexistente, que al médico, en vez de beneficiarlo lo perjudica, al no poderse evaluar la asistencia médica cuestionada y denunciada. Otras veces es factor decisivo de una condena, cuando se constata en ella la negligencia, la imprudencia o hasta la impericia.

Son comunes las fallas, si se quiere menores, como la desprolijidad, la caligrafía ilegible, el uso de terminología inadecuada, el desorden cronológico de los distintos actos médicos, otras veces hemos constatado errores de asignación de raza, sexo, nombre, todo lo cual va traduciendo la falta de cuidados y desatención, pero, e incluso como hecho grave, a veces existe la sospecha de arreglos o fraudes o historias rehechas luego de enterados de la demanda o del inicio del juicio. Esto último amerita, dado el caso, la realización de una pericia caligráfica y, por supuesto, puede comprometerse la responsabilidad penal por los delitos correspondientes.

Todo acto médico debe registrarse. Se debe dejar constancia de todo lo realizado. Nada se debe omitir y ha de tenerse presente que la actividad médica se valora a través de los medios usados y no de los resultados; es así que la historia clínica se convierte en el documento más idóneo para poner en evidencia cómo se actuó y es, a su vez, en la gran mayoría de los casos la única posibilidad que se le brinda al perito para valorar la calidad de la asistencia médica.

Otras veces de la historia clínica surge la culpa ajena al médico, la del propio paciente o un tercero, o el origen del daño en la propia falibilidad de la medicina.

Creemos que se evitarían muchos de los inconvenientes si las anotaciones en la historia clínica estuvieran precedidas con la fecha y hora correspondiente a cada prestación y luego firmadas con la debida aclaración.

Continuando con los elementos constitutivos de la responsabilidad médica, respecto de la culpa, en opinión de distintos comentaristas y también según los casos jurisprudenciales ha de ser grave e inex-

cusable, determinada por casos claros de impericia, negligencia o imprudencia. (Tommasino).

Ello sobre todo por ser la medicina una ciencia inexacta y conjetural y por las dificultades de probar la culpa del profesional en forma indudable (Tommasino).

El médico puede equivocarse. Y resulta, a nuestro entender, muy claro lo que al respecto se expresara (como ya lo hemos mencionado en otras oportunidades) en el Primer Congreso de Medicina Legal de Bélgica en 1967 que a continuación transcribimos:

«Cuando llega el momento de adoptar decisiones en una situación de vida o muerte el médico no debe preguntarse si lo que se propone realizar puede entrañar consecuencias legales, pues ello podría convertirse en un letal freno que, en última instancia, perjudicaría al paciente.

Sabido es y resulta obvio repetirlo que el ejercicio de la actividad médica es pleno en opciones difíciles. Por supuesto, y como en cualquier profesión, el médico puede cometer errores, los que no son reprochables —moral ni judicialmente— si ha tratado al paciente con los medios adecuados y de acuerdo a su deber.

Incluso quién puede negar que hay errores que parecen criminales a los ojos de quien nunca ha estado en situación de cometerlos y por lo tanto no puede entenderlos.

El ejercicio de la medicina significa un riesgo, pero un riesgo que tiene doble presupuesto de sustentación: ético y científico, que protegerá al médico de reclamos temerarios».

Lo que se le pide al médico es que sea un profesional prudente y diligente, que obre de acuerdo con lo que hacen sus colegas en similares situaciones (*lex artis*). Lo cual no sería exactamente «actuar como un buen padre de familia» sino «como un buen profesional de la especialidad».

Acerca del elemento objetivo, esto es el daño, su determinación debe ser concreta; no presunto sino real o materializado. Identificado objetivamente por el perito a través de los diferentes documentos y en el caso que sea posible mediante examen personal de la víctima: clínico y paraclínico, y si lo considera necesario incluso con consultas, autorizadas por el juez, a autoridades en la materia.

Finalmente es necesario establecer o descartar —punto clave— la relación de causalidad médica entre el acto profesional y el daño comprobado, sufrido

por el paciente. Es indispensable descartar que en el nexo causal concurrieron causas no imputables al actuar médico cuestionado, diferentes concausas, por ejemplo, u otros factores de fuerza mayor o fortuitos o por culpa del propio paciente o por causas patológicas que independientemente del hecho igual podían o iban a ocurrir (causa ocasional).

En suma: hemos querido transmitir algunas reflexiones sobre la tarea médico-pericial, con referencias especiales a la responsabilidad médica. Tarea difícil, importante y quizás no bien comprendida o jerarquizada, ni por los magistrados ni por los colegas médicos que en vez de ver una garantía en el perito, si actuaron correctamente, lo visualizan como parte de un sistema que los agrede.

Y reafirmamos:

- 1) La vida es el bien jurídico más importante. Si ella está en peligro (emergencia, urgencia) y el médico actuó como corresponde intentando salvarla, aun sin consentimiento, nunca será responsabilizado por ello. Por ejemplo, transfusión de sangre, en estas circunstancias de urgencia o emergencia a un testigo de Jehová en anemia aguda. Nada le pasará. Tampoco los familiares tienen derecho a decisiones que se oponen a medidas médico-quirúrgicas, en estas circunstancias.
- 2) La determinación del paciente, su negativa, por ejemplo, a consentir en propuestas de cirugía en frío (coordinación) debe ser respetada, consignando en la historia clínica los riesgos que asume por esa decisión.
- 3) Al momento de juzgar al cirujano resulta fundamental la discriminación de si actuó en situación de emergencia, urgencia o coordinación (en frío). Son admisibles errores en la emergencia que no serían en frío. Recordemos, por ejemplo, lo que referimos respecto a los oblitos. Recordemos también que los jueces valorarán el actuar de los médicos, equipo de salud e instituciones de asistencia, por la forma de la actuación, por los medios y no por los resultados, que se sabe, pueden ser malos aun poniendo toda ciencia, pericia, dedicación o diligencia.

También aquí el perito cumple fundamental rol al transmitirle al magistrado las condiciones en las que el médico en cuestión se encuentra trabajando y cuál es la situación real de la prestación de asistencia, que debe conocer y no quedar ajena al momento de la decisión judicial.

Sobre la responsabilidad médica

Dr. Armando Tommasino

Antecedentes

Todos los seres humanos nacen libres, pero a la vez responsables de sus actos.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay, afiliada al principio *ius-naturalista* que proclama que los derechos del hombre son anteriores a la propia Carta Magna, establece que todos los derechos pueden limitarse por razones de interés general.

Esto significa que todos los habitantes de la República pueden obrar conforme a su voluntad y sus deseos, en todo aquello que una razón superior, vinculada al interés comunitario, no les prohíba determinada conducta o los obligue a proceder de tal o cual manera en situaciones especiales.

Los médicos, que ejercen la más noble y sacrificada de las funciones, no son ajenos a estos principios; por el contrario, en todo tiempo, desde épocas inmemoriales que tienen sus fuentes en los antiquísimos Códigos de Hammurabi y de Manu, las Leyes Carolinas, el Digesto y las Institutas, su responsabilidad por el ejercicio de su profesión se establece con suma severidad.

Más modernamente, la inusitada gravedad de las sanciones se atenúa considerablemente, humanizándose.

Pero el principio básico se mantiene con la misma firmeza. Y puede afirmarse hoy, como hace milenios, que el médico ve comprometida su responsabilidad toda vez que en la comisión u omisión de un acto específico del ejercicio profesional viola una norma legal determinada.

Esta transgresión puede ser intencional (dolosa), o involuntaria, pero aun así causante de daño a terceros por mera culpa.

En el dolo, se reprime y se pena la intención expresa de transgredir la norma, y la responsabilidad surge cuando el galeno realiza a conciencia, voluntariamente, el acto que la ley prohíbe. Por ejemplo, realiza un aborto criminal, o certifica falsamente, o cuando por puro lucro, sin finalidad terapéutica, receta estupefacientes que el adicto le reclama.

En la culpa no existe intención dañosa y el perjuicio, previsible dadas las circunstancias, proviene normalmente, básicamente, de la negligencia, la impericia o la imprudencia del profesional.

Los verdaderos fundamentos de la responsabilidad médica culposa los encontramos en la densa elaboración jurisprudencial iniciada en Francia hace aproximadamente un siglo y medio, con los famosos procesos seguidos a los doctores Helie y Thouret-Noroy —mencionados invariablemente en los textos

de la materia—, que culminaron con sendas decisiones condenatorias de los más altos cuerpos de justicia de aquel país.

Estos fallos recogieron la doctrina expuesta por el procurador general Dupin, que sentó los principios fundamentales, posteriormente ampliados y perfeccionados en las múltiples decisiones que les sucedieron.

El Dr. Helie fue enjuiciado porque amputó los dos brazos a un niño al asistir a un alumbramiento dificultoso, en circunstancias que pudo superar fácilmente acudiendo a las enseñanzas elementales de la ciencia y el auxilio de otros colegas.

Por su parte el Dr. Thouret-Noroy fue asimismo condenado porque al practicar una sangría a su paciente, le perforó una arteria, luego lo desatendió y omitió acudir a los llamados de sus familiares, todo lo cual determinó que el miembro se gangrenara y fuese necesario amputarlo.

En los intensos debates jurídicos promovidos en los dos procesos mencionados, se enfrentaron dos grandes tesis, una propiciada por la Academia de Medicina de Francia, que acogió un informe cuyo relator fue el Dr. Double, inclinándose por la inculpaibilidad del médico, salvo en los casos de daños a terceros causados intencionalmente, con dolo, por «la aplicación de medios del arte hecha consciente e intencionalmente, con premeditación, pérfidos designios y criminales intensiones».

Fuera de ello —sostuvo la Academia— «la responsabilidad de los médicos en el ejercicio cuidadoso de su profesión, no puede ser admitida ante la ley. Los errores involuntarios, las faltas de previsión, los resultados dañosos por error de cálculo, no deben ser juzgados más que por la opinión pública».

«Los médicos, como los jueces, no pueden ser legalmente responsables de los errores de la función».

El segundo criterio, que consagraron ambos fallos judiciales —en especial el caso de Thouret-Noroy, que lo condenó por grave impericia y especialmente por el abandono voluntario en continuar asistiendo al enfermo—, se sintetiza en las siguientes proposiciones, expuestas magistralmente por el procurador Dupin, sobre las cuales vale la pena detenerse para profundizar el análisis.

Dijo el magistrado:

«No puede ocurrírsele a persona alguna el hacer a los médicos indefinidamente responsables del empleo de un arte que, según el consenso pacífico, es lo más frecuentemente conjetural».

«Pero si el simple defecto de preparación científica y el fracaso no alcanzan para motivar una acción

contra los médicos, sin embargo pueden hallarse circunstancias en las cuales el dolo, la mala fe, un pensamiento criminal, una negligencia inexcusable y otros hechos del mismo género, enteramente distintos de la cuestión médica y científica, constituyan de su parte una falta a los deberes de su profesión, de tal naturaleza, que no se pueda proclamar en tal caso su irresponsabilidad profesional, sin poner en peligro al resto de la sociedad».

«Es principalmente en estos últimos casos, es decir cuando se trata de una profesión o de una función pública, que se responde ante los terceros, no solamente de su imprudencia, de su ligereza, sino aun de la ignorancia de aquello que se debe saber».

«No se trata de capacidad más o menos grande, de talento más o menos brillante, más o menos sólido, sino solamente de la garantía contra la imprudencia, la negligencia, la ligereza, y una ignorancia crasa de cosas que se deben necesariamente saber y practicar en su profesión».

«Seguramente sería injusto y absurdo pretender que un médico o un cirujano respondan invariablemente de los resultados que puedan atribuirse a la ignorancia o a la impericia pero, recíprocamente, sería injusto y peligroso para la sociedad el proclamar como un principio absoluto que en ningún caso ellos son responsables en el ejercicio de su arte».

«Pero si la verdad no está en ninguno de estos dos extremos, ella se encuentra en el justo medio que es preciso observar aquí, como en tantas otras circunstancias».

«No, el médico, el cirujano, no son indefinidamente responsables, pero lo son algunas veces; no lo son siempre, pero no puede decirse que no lo serán jamás».

Principios fundamentales

Pasamos ahora a establecer cuáles son, según la interpretación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, los principios medulares que deben presidir el ejercicio de la profesión médica, en el plano específico de su responsabilidad, derivada de una conducta involuntaria —que por eso en derecho se llama culposa, no intencional o premeditada—, que provoca un daño a terceros, como consecuencia de la impericia, la imprudencia o la negligencia evidenciadas por el acto médico.

a) En primer término, se reivindica la libertad y la autonomía técnica del galeno.

El cuadro de hechos generadores de responsabilidad médica no incluye aquellos actos puramente científicos, es decir todos los relacionados con los métodos y la técnica empleados por el médico para elaborar su diagnóstico, formular el pronóstico, establecer el tratamiento y seguir la evolución del pa-

ciente, aspectos todos ellos en los que se reconoce su más absoluta libertad de juicio, aun ante la eventualidad de un fracaso de su asistencia, a condición de que su conducta no implique el apartamiento notorio de las enseñanzas del arte, conforme al estado actual de la ciencia.

Pero fuera del plano estrictamente técnico-científico, se admite la culpa del médico que procede con grave negligencia (omisión de asistencia, o abandono inexcusable del enfermo, por ejemplo); con imprudencia temeraria, como aquel que experimenta, sometiendo a su paciente a métodos, medicamentos y tratamientos no suficientemente ensayados, con los riesgos consiguientes; o cuando ejerce revelando «crasa ignorancia» de aquello que su calidad profesional lo obliga a conocer.

b) *Límites al principio anterior.* Precisamente por lo que viene de exponerse, el postulado anterior tiene muy grandes limitaciones.

Ha escrito un autor francés eminente, el Prof. Rallier, con certera elocuencia: «*La responsabilidad no comienza sino allí donde cesan las discusiones científicas*».

Este concepto, de enorme trascendencia, explica y justifica que los jueces, que no conocen la ciencia médica, puedan —y deban— juzgar sobre responsabilidad médica cuando se promueven demandas por daños causados en el ejercicio profesional.

Justamente porque se trata de valorar conductas médicas a partir del punto en que todos los conocedores estiman que no caben dos opiniones, que no es posible ya discutir, académicamente, el error, la temeridad o la indolencia, porque son muy claros y evidentes. Y por serlo, los magistrados deben juzgarlas, a condición de actuar con la prudencia y la sabiduría de asesorarse con peritos imparciales y eficientes; y éstos, a su vez, valerse de cuantos antecedentes y circunstancias rodeen el hecho: entre ellos, fundamentalmente, la historia clínica, acaso el documento más valioso para la investigación y el informe que deben aportar a la justicia.

c) Otro principio esencial y fuertemente consolidado, es el de *la relatividad del criterio* para evaluar con equidad sobre la responsabilidad en situaciones concretas.

En efecto, las obligaciones médicas tienen un carácter eminentemente relativo, esto es, variable según el tiempo, el lugar y las circunstancias; paralelamente, es asimismo relativo el grado de responsabilidad.

Porque es muy claro que no puede exigirse el mismo nivel de capacitación ni de eficacia el médico rural —desprovisto de instrumental especializado y alejado de los centros científicos avanzados— que a aquellos que disponen de la más variada gama de recursos técnicos.

Si estos últimos no acuden a informarse, o a con-

sultar, o a utilizar las múltiples opciones de la ciencia que tienen al alcance de su mano, y por su omisión ocasionan daños, son infinitamente más responsables que aquel que, en medio del campo, se ve abocado a operar de urgencia y al hacerlo se equivoca y provoca graves daños al paciente.

Así puntualizadas las cosas, se comprende que los conceptos de «ignorancia inadmisibles», «grave desatención» y «notoria temeridad», deben manejarse con cautela, porque los mismos hechos, objetivamente apreciados, pueden constituir en unos casos motivo de severo reproche para el profesional, pero en otros no; y esto último ocurrirá si las circunstancias revelan que el médico no se encontró, en la emergencia que debió afrontar, en condiciones de utilizar todos los recursos de la ciencia médica, y ni siquiera puede reprochársele que sus conocimientos no estén rigurosamente al día, por el medio ambiente y las condiciones precarias en que ejerce.

d) Finalmente, en cuanto a *la entidad de la falta*, puede sostenerse sin vacilar que existe consenso pacífico sobre dos afirmaciones básicas y en cierto modo complementarias: la primera, que el médico no puede garantizar el éxito de su tratamiento o de su intervención, porque asume lo que en derecho se conoce como una obligación de medios, no de resultados. Quiere decir, aportar todos los medios para aliviar y curar, pero no asumir la garantía de lograrlo.

En segundo lugar, que lo anterior es así por la sencilla razón de que la medicina, no obstante todos sus prodigiosos adelantos, continúa siendo, preferencialmente, mucho más un arte conjetural que una ciencia rigurosamente exacta.

Estos conceptos orientan sobre la naturaleza y la entidad de la mala praxis médica que funda un juicio de responsabilidad.

La culpa que genera el enjuiciamiento crítico del médico debe ser grave e inexcusable. Así lo aconseja la doctrina más prestigiosa, y lo consignan repetidamente los fallos judiciales.

«Tanto la imprudencia o la negligencia como la impericia —escribe Nerio Rojas en su «Medicina Legal», pág. 493— deben ser mayúsculas, sin justificación, dentro de las condiciones normales del ejercicio de la medicina. Y este criterio restrictivo hay que tenerlo asimismo al juzgar la impericia, pues la ciencia médica es desgraciadamente muy insegura todavía.

De lo expuesto resulta, agregamos por nuestra parte, la prudencia y el cuidado con que debe juzgarse, en los casos concretos, la responsabilidad del médico y la natural resistencia de la doctrina y la justicia para admitirla en todos aquellos casos en que no existe real entidad y no surge claramente acreditada.

En esta materia, un fallo famoso de la Corte de Casación francesa sienta una fórmula justamente calificada de «muy rica y principista», que sintetiza

con singular acierto los principios y las reglas fundamentales que deben tenerse siempre presentes. Dice el fallo, de fecha 18 de octubre de 1937:

«El médico responde, fuera de la negligencia o la imprudencia que todo hombre puede cometer, toda vez que en relación al estado de la ciencia, o a las normas consagradas por la práctica de su arte, la imprudencia, la ineptitud, la abulia o la negligencia que le son imputadas, revelan un desconocimiento cierto de sus deberes».

Igualmente la justicia argentina proclamó la responsabilidad culposa del médico, en casos graves de ineficiencia profesional, en grados tales que el estado actual de la ciencia no puede consentir. «Un médico que se equivoca, en principio no es responsable; lo será si incurre en un grave error no tolerable, en alguna falta inexcusable en las personas que se dedican al mismo oficio». (Sentencia de 31-III-1876, cit. por Jiménez de Azúa en su Tratado, pág. 958).

Para concluir, unas consideraciones sobre la responsabilidad por actos quirúrgicos.

Ha escrito Savatier, y nos complace reproducirlo casi textualmente, que la cirugía constituye «el terreno donde la medicina se convierte en un arte, el más relevante, el más necesario, el más alto de todos, porque de él depende la vida o la integridad de un hombre».

Esto explica cabalmente la parsimonia y la ponderación de los órganos jurisdiccionales para admitir la imputación, tanto civil como penal, en los casos de fracaso o de graves accidentes operatorios.

Se trata, en efecto, de pronunciamientos excepcionales, que cuidan especialmente de dejar a un lado la crítica de aspectos estrictamente científicos, para enjuiciar únicamente la ignorancia grosera, la imprudencia intolerable y la negligencia abiertamente inexcusable.

En relación al olvido o abandono de material quirúrgico, es donde se han emitido los más frecuentes fallos condenatorios, en situaciones de pérdidas inexcusables de compresas o instrumental quirúrgico, generalmente en la cavidad abdominal del paciente intervenido.

El profano estima que es poco menos que imposible, o altamente improbable, que ocurran accidentes de este tipo. Pero sin embargo la práctica intensiva de la cirugía revela todo lo contrario, como lo comprueba un documentado estudio publicado en 1940 por un cirujano y un jurista de la Universidad de Washington, los doctores Harry Sturgen Crossen y David Frederic Crossen, titulado precisamente «Cuerpos Extraños en el Abdomen», en que se exponen trescientos y tantos casos verificados entre los años 1859 y 1940, en que se constata el olvido o abandono de tijeras, tubos, pinzas, fórceps, tenazas, compresas, esponjas, gasas y efectos similares,

que fueron hallados en el abdomen de pacientes sometidos a intervenciones quirúrgicas.

En este terreno, el criterio de la jurisprudencia ha sido tradicionalmente exigente, y los fallos condenatorios fueron abundantes.

Pero más recientemente una clara evolución se manifestó en el sentido de atenuar el rigor del principio severo de las primeras sentencias cuyo origen, según opinión de algunos autores, se sitúa en el momento que un magistrado francés de jerarquía fue invitado por un profesor y cirujano famoso, el Dr. Faure, a presenciar algunas intervenciones delicadas, quien luego de la dramática experiencia se manifestó asombrado de que el accidente no se reproduzca con más frecuencia.

Así replanteadas las cosas, las sentencias tienden modernamente a admitir una presunción simple de culpa profesional toda vez que el hecho se produce, culpabilidad de la cual el médico se libera si logra demostrar que hizo cuanto humana y técnicamente estuvo a su alcance para impedir la producción del accidente.

Todas estas apreciaciones, relacionadas con uno de los yerros habituales de la cirugía –olvido o pérdida de instrumental quirúrgico– pueden fácilmente extenderse a toda una gama, múltiple y variadísima, de episodios quirúrgicos.

La idea, según lo sostienen uniformemente la

doctrina y la jurisprudencia, es sencilla y en nuestra opinión fértil, fecunda y garantizadora.

- *Fértil*, porque comienza por respetar la elevadísima profesionalidad y el riesgo inminente en todo acto quirúrgico, para fundar una eventual condena sólo a partir del punto en que, más en este terreno que en todo otro, termina la discusión científica para comenzar la crasa ignorancia, la imprudencia temeraria y la indolencia inhumana.

Fecunda y germinal, porque se parte del principio, siempre presente en el ejercicio médico, de la necesidad permanente de superarse y actualizar conocimientos.

Y *garantista*, porque las víctimas de la práctica médica deficiente, de aplicarse puntualmente estos principios, obtendrán la reparación material y moral acorde a los daños y perjuicios padecidos.

Concluimos recordando un pensamiento del mismo autor ilustre que ya mencioné –Savatie–, quien proclamó hace ya muchos años: «Pienso que el valor moral de las sociedades del futuro se medirá, de más en más, por el valor de los médicos».

También nosotros nos permitimos creerlo así, y por eso mismo consideramos, paralelamente, que si tan grande es el valor moral de los médicos, deben afrontar con el mismo estoicismo la responsabilidad que sobrellevan, por todo cuanto en ellos confían sus semejantes y por todo lo que de ellos esperan.

Los juicios por responsabilidad profesional médica: la situación en Argentina

Dr. Alberto R. Ferreres

Los juicios por responsabilidad profesional médica reconocen su primer antecedente en nuestro país en una sentencia de la Cámara Civil y Comercial, dictada en el año 1910. Pero indudablemente ha sido la última década pródiga en el avance de los juicios por responsabilidad profesional que involucran, no sólo a los profesionales de la salud, sino también a las instituciones de salud como hospitales, clínicas, sanatorios, obras sociales y entidades de medicina prepaga.

Con respecto a la incidencia de las demandas por presunta mala praxis, las mismas han tenido un aumento notable, llegando aproximadamente a unas 2000 demandas en trámite en los fueros penal y civil de los Tribunales de la Capital Federal. La existencia de demandas de esta índole en otras ciudades del interior es sensiblemente inferior.

Es fundamental distinguir tres conceptos:

- Responsabilidad profesional médica: significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, voluntarios e involuntarios dentro de

ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión. En otras palabras, el profesional que en el curso del tratamiento ocasiona, por su culpa, un perjuicio al paciente, debe repararlo. Tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que provoque un daño a otra persona.

Deben configurarse ciertos elementos para su realización, sabiendo que el presupuesto de la responsabilidad médica es la culpa médica. Estos son: 1) la antijuricidad o sea la ilicitud objetiva; 2) daño, cierto y comprobable; 3) relación causal entre el hecho y el perjuicio y 4) la presencia de un factor subjetivo y objetivo de responsabilidad. La sola ausencia de uno de estos elementos invalida la acción.

- Mala praxis: el vocablo sajón *malpractice* significa tratamiento erróneo o ilegal, asimismo inmoralidad. Ha sido traducido como malpraxis, uniendo

una raíz latina: mal de malus (contraria a lo debido) y otra griega: praxis (eficiente resultado); en síntesis mala eficiencia. Siempre al hablar de malapaxis se está haciendo un juicio de valor, ya que se emplea un patrón de comparación. Se debe desterrar la expresión «juicio por malapaxis», ya que contiene un juicio de valor, debiendo recordar que quien va a hacer la ponderación es el juez o el perito.

- Iatrogenia: proviene del griego *iatros*, médico y *genia*, originado o causado por. Lo correcto es hablar de patolatrogenia, o sea el daño resultante de la actuación del médico.

Dentro de este contexto, en nuestro país, la responsabilidad profesional médica reconoce dos aspectos:

- Penal: la denuncia del presunto damnificado apunta hacia el profesional y persigue el castigo del mismo. Es importante destacar que la responsabilidad penal siempre es personal, significa esto que la acción penal puede ser ejercida únicamente contra el médico. Las penas posibles son: multa, prisión, generalmente excarcelabe, e inhabilitación por el doble de tiempo de la condena. Los artículos 84 y 94 de nuestro Código Penal castigan el delito de homicidio y lesiones, respectivamente, al que lo haya causado por impericia, imprudencia o negligencia, que constituyen los tres aspectos fundamentales de la culpa médica. Impericia es lo contrario de pericia, expresa falta de conocimientos técnicos en determinado arte o profesión. Imprudencia es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo; procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción. Negligencia es lo inverso a sentido del deber, es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión.
 - Civil: en esta esfera se persigue la reparación patrimonial del presunto afectado. Se puede iniciar la acción civil no solo contra el profesional sino también contra cualquier institución de salud (hospital, sanatorio, clínica, obra social, entidad de medicina prepaga). Una particularidad del ordenamiento argentino es el beneficio de litigar sin gastos, que significa que la parte demandante puede aducir imposibilidad de afrontar los gastos que demanda el proceso judicial. A pesar de salir airoso luego del juicio, el médico o la institución se ven obligados a un desembolso en costas y honorarios de ambas partes.
- ¿Cuáles son los motivos que explican este importante incremento en las demandas por responsabilidad profesional médica?
- Inadecuada relación médico-paciente: es en la mayoría de los casos el factor determinante fun-

damental en la iniciación de una demanda o que-rella. Habitualmente se dan con mayor frecuencia en hospitales públicos o instituciones asistenciales de sindicatos u obras sociales, con población de menores recursos y profesionales agobiados por la demanda de turnos. Como manifestara el Dr. José F. Patiño en su conferencia inaugural la vieja y tradicional «relación médico-paciente» se transformó en una «relación usuario-sistema», donde el profesional especialista no constituye más que un eslabón de toda la cadena del sistema de atención de la salud.

- Resultado desfavorable de la prestación: la aparición de complicaciones o resultados adversos predispone al conflicto. Esto ha permitido una tendencia al llamado consentimiento informado. Si bien nuestro ordenamiento legal (art. 19 ley 17132) sólo lo exige por escrito en operaciones mutilantes, la práctica diaria ha llevado a brindar mucha mayor información al paciente y a sus familiares acerca del diagnóstico, pronóstico de la enfermedad de base y eventuales complicaciones vinculadas a un procedimiento quirúrgico.
- Calidad de atención médica por debajo del estándar considerado aceptable: la excelencia en la calidad de atención médica es el mejor reaseguro para evitar demandas por responsabilidad profesional médica. Muchas de las demandas en nuestro medio se dan en instituciones con déficit en su calidad de atención médica. Teniendo en cuenta que el peritaje médico-legal es parte fundamental en el juicio una adecuada prestación médica de inquebrantable calidad es la mejor garantía.
- Alerta generalizada en los medios de difusión del presunto daño médico: cada vez son más las revistas de interés general que difunden estos temas y concientizan a los pacientes.
- Interés económico en las partes involucradas: muchas veces las demandas son reflejo de la presión de abogados interesados en mantener litigios.

La difusión de las demandas ha tenido, entre otras, las siguientes consecuencias:

- La implementación de la llamada «medicina defensiva», por temor a justificar determinada actitud terapéutica y la necesidad de apoyar el adecuado juicio clínico con determinaciones de laboratorio y estudios complementarios. Esto trae aparejado un aumento en los costos cuando en nuestra realidad se impone la necesidad de una adecuada ecuación costo-beneficio.
- La difusión de los seguros por responsabilidad médica, con cobertura de la reparación patrimonial en la esfera civil. Las especialidades que más se han visto afectadas por el incremento en las demandas son: anestesiología, cirugía general, neurociru-

gía, obstetricia, neonatología; las que por otra parte cargan con las primas más elevadas.

- La necesidad de contar con comités de calidad y manejo de riesgo médico-legal, interiorizando a los profesionales médicos de las pautas de accionar y la necesidad de cumplimentar adecuadamente con la documentación médica, fundamentalmente la historia clínica, elemento de insustituible importancia en un juicio.

Una preocupación de la Asociación Argentina de Cirugía es la idoneidad de los peritos, tanto de parte

como de oficio. Muchas veces se ven dictámenes periciales firmados por médicos con escasa o nula experiencia en la práctica motivo de la litis. Nuestra intención es la de exigir acreditada idoneidad a los peritos en la especialidad motivo de la litis.

En síntesis, a la preocupación de mantener una educación médica continuada el médico cirujano debe sumar un adecuado conocimiento de las normativas legales que hacen a su profesión y a dedicar tiempo al exacto cumplimiento de la correcta documentación del acto médico.

Conclusiones

Dr. Guaymirán Ríos Bruno

Para finalizar queremos insistir en el hecho que el problema de la responsabilidad profesional del cirujano y del médico en general no puede escapar a las generalidades de la ley que rige para otros profesionales, como abogados, arquitectos, etc., que también hace años tienen el mismo problema de los litigios.

Consideramos que estamos en un momento de auge de las reclamaciones y que llegaremos a un pico que luego descenderá buscando su nivel de estabilización.

A fin de evitar en lo posible que sucedan estos hechos sugerimos para el cirujano:

- 1) Trato correcto con el paciente y sus familiares.
- 2) Planteo de un diagnóstico y sus diagnósticos diferenciales posibles.
- 3) Prudencia en las indicaciones.
- 4) Contar con el consentimiento escrito del paciente y de sus familiares directos.
- 5) Buenos documentos clínicos con referencia especial a la historia clínica.
- 6) Ante el más mínimo problema planteado pedir consulta con profesional autorizado y comunicación por escrito a la dirección sanatorial.
- 7) En casos especiales pedir consejo legal.

Para las entidades mutuales:

- 1) Brindar apoyo completo al cirujano en lo referente a: personal, local y equipo.
- 2) Exigir consentimiento escrito a pacientes y familiares.
- 3) Intervención del director técnico en casos dudosos.
- 4) Completa información al asociado de las posibilidades de la Institución al hacerse socio.
- 5) Buena selección del personal técnico.

Para las gremiales médicas:

- 1) Deben hacerse cargo de la defensa de los médicos en litigio.

- 2) Reuniones frecuentes con magistrados judiciales, con el fin de establecer un correcto diálogo.

Por otra parte la Justicia ha sido muy ecuánime hasta el momento en los juicios contra profesionales-médicos.

Y siguiendo a Baltazar en general se han ajustado al concepto que: «En presencia de un arte tan conjetural como lo es la medicina en vías de evolución constante solo puede imputársele responsabilidad al médico cuando la falta profesional sea de tal magnitud que lo admita como tal la inmensa mayoría de los médicos», o como la ha manifestado el Dr. Armando Tommasino en ocasión de tratar este tema que «solamente son generadores de responsabilidad profesional la ignorancia inadmisibles, la grave desatención y la notoria temeridad».

Queremos terminar reiterando un concepto de Lacasagne al que nos adherimos totalmente y que expresa: «La responsabilidad es una seguridad para los médicos instruidos, conscientes y prudentes y una amenaza para los inescrupulosos, temerarios e ignorantes».

Consideramos también que es fundamental poner en vigencia un Código de Ética Médica en Uruguay y que para ello es imprescindible la colegiación médica, que tiene que ser obligatoria para todo médico que ejerce en el territorio nacional.

En lo personal aconsejamos, siguiendo el ejemplo y experiencia de los cirujanos norteamericanos, contratar un seguro por responsabilidad profesional.

Estamos convencidos que en nuestra agitada vida de cirujanos el solo hecho de ser sometidos a un juicio de responsabilidad profesional, aunque se salga completamente inocente de las acusaciones, crea un problema de tal magnitud en el médico que ya no vuelve nunca más a ser el mismo y en toda su vida futura planeará sobre sus decisiones el recuerdo del trauma vivido en esa ocasión.

Muchas gracias.