

Aspectos médico-legales de la cirugía de urgencia

Coordinadores: Dres. Eduardo Henderson (1) y Augusto Müller (2)

Panelistas: Dres. Dora Szafir (3), Daniel Borrelli (4), Pedro Montano (5) y Guido Berro (6)

Introducción

Dr. Augusto J. Müller

Los médicos en general y los cirujanos en particular nos vemos enfrentados cada vez con mayor frecuencia a situaciones en las cuales pueden surgir responsabilidades de índole legal durante el ejercicio del acto médico. Estas situaciones adquieren un cariz muy especial cuando las decisiones son tomadas en circunstancias de urgencia o emergencia, sobre todo cuando se plantea la necesidad de un acto quirúrgico perentorio. En estas ocasiones los plazos son breves, las posibilidades de exámenes diagnósticos ampliatorios o consultas especializadas son mínimas, y la tensión psicológica por la vida en peligro es permanente. Es obvio entonces, que las posibilidades de error aumentan. Parece lógico pensar que una laparotomía “en blanco”, que en condiciones de coordinación puede ser vista como un acto apresurado, injustificado, e inclusive imprudente, resulta muchas veces más que necesaria en condiciones de emer-

Simposio realizado en el 47º Congreso Uruguayo de Cirugía. Montevideo, 18-22 de noviembre de 1996.

gencia. Una infección de pared, a veces grave, puede ser el precio a pagar en aras de contener un sangrado cataclísmico sin poder realizar una antisepsia totalmente correcta.

El factor tiempo también conspira contra nosotros cuando de obtener consentimiento para maniobras invasivas se trata. Otras veces, el estado de consciencia del paciente no lo permite.

Todos estos aspectos tan particulares de la cirugía de urgencia, muy sucintamente reseñados, han llevado a las autoridades del 47º Congreso a proponer esta mesa que hoy integramos. Los destacados especialistas que componen el panel ahondarán en importantes aspectos puntuales específicos, pero nosotros queríamos a manera de introducción dejar sentados algunos puntos generales básicos y señalar varios de los problemas de presentación frecuente en circunstancias de urgencia.

En primer lugar digamos que el **buen juicio médico** habitual y el **adecuado sentido común** conducirán al cirujano de urgencia con seguridad a través de la mayor parte de los problemas médico - legales relacionados con su desempeño. Este es un concepto tranquilizador sobre el cual la mesa desea hacer hincapié. Las circunstancias pueden variar desde la órbita civil hasta la penal, y aunque en algunos casos la prevención del problema médico - legal puede ser difícil, en la mayoría de ellos

(1) *Prof. Adj. del Dpto. de Emergencia del Hospital de Clínicas. Facultad de Medicina.*

(2) *Prof. Adj. del Dpto. de Emergencia del Hospital de Clínicas. Facultad de Medicina.*

(3) *Jueza Penal.*

(4) *Juez Penal del Dpto. Salto.*

(5) *Prof. Agdo. de Derecho Penal. Facultad de Medicina.*

(6) *Prof. Agdo. de Medicina Legal. Facultad de Medicina. Dirección: Pedro Olnida de 2747 (505). Montevideo. C.P. 11600*

puede lograrse exitosamente con un médico alerta, con el adecuado nivel de conocimiento, una alta dosis de sentido común y una comunicación correcta. Existe una fuerte convicción en el ambiente médico, de que un “mal resultado” llevará necesariamente a una querrela judicial. Esto, simplemente, no es verdad. En el caso de la cirugía de urgencia, el cirujano comienza su accionar ya con un “mal resultado” o situación adversa, y, a pesar de un ejercicio correcto y razonable (que es lo que la ley exige), el paciente puede no mejorar e incluso fallecer. La malpraxis sólo puede surgir cuando el médico actuante falla en aplicar el cuidado médico corriente y razonable, esperable en un técnico prudente y con su especial entrenamiento y capacitación. Por supuesto que si el médico carece de dicho conocimiento, esta carencia no lo excusa por no tomar las medidas estándar indicadas, aceptadas por el común de sus colegas. En estos casos, el “no calificado” está legalmente obligado a la performance exigida para el calificado. No olvidemos que la respuesta acerca de si un determinado médico actuó o no de acuerdo con las normas apropiadas, no es dada por jueces o abogados, sino por los peritos médicos consultados.

Otro punto que parece bastante claro y lógico es el de la **obligación de tratar** por parte del médico, en situación de urgencia o emergencia, independientemente de la condición económica, social, o de cualquier otra índole del paciente. Una vez comenzado el tratamiento, se genera además la responsabilidad de conducirlo de una manera razonable, ejercer una adecuada asistencia estándar. Esto es válido especialmente en las situaciones de asistencia urgente de pacientes atributarios de otros servicios. Por otra parte, las instituciones de asistencia con capacidad de cuidados de emergencia, tienen la responsabilidad legal de aceptar, valorar y estabilizar enfermos de emergencia que consulten en ellas, independientemente de su procedencia. Olvidar estos aspectos expondrá obviamente a caer en omisión de asistencia.

Dentro de los problemas puntuales que pueden surgir ocupa un lugar destacado el del **consentimiento** para el acto médico. Lógicamente, aquí las dificultades surgen en situaciones donde el paciente no se encuentra en serio peligro inmediato, y sí en condiciones de decidir. En cambio con un paciente inconsciente o incapacitado, en serio riesgo vital inmediato, la doctrina habitual asume que ese paciente aceptaría el tratamiento urgente necesario en caso de poder decidir. No parece razonable permitir el deterioro de la situación del paciente a la espera de una eventual resolución judicial o familiar formal. Ante la duda acerca de la conveniencia de un consentimiento legal, y la seria necesidad de un tratamiento urgente, se debe actuar y tratar.

Otro aspecto de este mismo problema es el del **rechazo consciente a la asistencia**. Existe una fuerte tendencia en la doctrina a aceptar la decisión de aquellos que rechacen la asistencia necesaria para salvar sus vidas, si son capaces de tomar una decisión consciente y razonada, están al tanto de las consecuencias de su elección, y no afectan a otros con su resolución. Es importante destacar aquí la necesidad de documentar totalmente estos eventos y las declaraciones del paciente, pues si esta documentación no existe, la corte puede considerar que no hubo información o rechazo consciente a la asistencia. Cuando existen deseos de muerte en situación de salvación posible, la estabilidad mental del paciente puede ser cuestionada y puede buscarse la opinión psiquiátrica. Concomitantemente, las medidas terapéuticas deberán iniciarse si están indicadas.

En el caso de los menores, el consentimiento o rechazo expreso de los mismos no tiene valor legal. Sin embargo, si la asistencia es urgente, y los padres o responsables no han sido localizados, la ley presume que ellos habrían consentido, y es aconsejable tratar. En el caso de los padres que se opongan, la persuasión y la orden del juez son la táctica de elección.

Una situación interesante en emergencia es la del **paciente agresivo o beligerante**, por ac-

ción de drogas u otras causas. El médico no está obligado a exponerse a sí mismo y exponer a sus colaboradores o a otros pacientes a serios riesgos para llevar a cabo un tratamiento. Tampoco son responsabilidad del médico las medidas de contención. A la inversa, si la grave condición física del paciente lo exige, el médico puede solicitar el alejamiento del oficial de policía a cargo.

Respecto a los **traslados**, hay una serie de conceptos importantes a tener en cuenta. La buena comunicación entre el médico referente y el receptor es fundamental. El contacto debe ser directo, verbal, y completado mediante un minucioso informe escrito. Además, el paciente deberá estar en condición física aceptable para tolerar el traslado. Importa destacar que cuando el traslado se hace hacia un centro de mayor complejidad, la decisión de los pasos específicos a tomar para el mismo y la responsabilidad consiguiente, pueden correr a cargo del médico receptor, teóricamente el más capacitado para brindar las medidas de fondo.

Estos y otros aspectos serán extensamente tratados en la mesa. Nosotros querríamos concluir esta introducción enumerando una serie de puntos clave a recordar.

Dr. Daniel Borrelli

En el ejercicio de la profesión médica y en el caso específico de la actividad médico quirúrgica y las eventuales connotaciones penales que tal actividad pueda tener en el campo del derecho, consideramos que debe tomarse en cuenta el modelo del médico-medio del grupo profesional médico, al que pertenece el agente de la comisión de un hecho cuyas consecuencias se trasladen al campo del derecho. Se tendrá en cuenta también la situación real en la que interviene el médico. Ha de acentuarse el estudio de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar, con la diligencia exigible al médico medio o normal, de diligencia media por sus conocimientos, su preparación, su capacitación, en

- 1) En caso de duda y cuando el tiempo corre y la vida peligra, tratar.
- 2) Evitar juicios por malpraxis depende del ejercicio oportuno y con pericia, basado en el conocimiento de un médico corriente, razonable y prudente.
- 3) El resultado desfavorable no necesariamente redundará en reclamaciones legales.
- 4) Ordenes, guías y protocolos tienen valor, pero el último distintivo del buen actuar médico es el ejercicio de un sano juicio en el caso particular.
- 5) La historia clínica debe ser confeccionada para el paciente, clara, completa, legible, honesta, y no para el médico ni para el abogado.
- 6) Las dificultades y problemas se resuelven mejor mediante una juiciosa reconsideración y planificación.
- 7) El sentido común, el cuidado humano y la comunicación pueden ser factores protectores ante la ley tan importante como la buena técnica y el cuidado médico.

fin, su información, el resultado lesivo o mortal de un paciente, no pone de su contribución o de sí mismo una actuación profesional tendiente o contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto si ese espectro de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina de un nivel medio.

Hablamos de la situación real en lo que se encuentre el médico cirujano, el tipo y la medida del cuidado objetivamente exigido será diferente según la situación concreta en que se encuentre el profesional.

La diligencia que generalmente se exige al médico concienzudo para el caso de una decisión rápida y una actuación inmediata evidentemente no será la misma que la que se exige para el su-

puesto de una intervención quirúrgica conveniente y previamente preparada.

En el ejercicio de la actividad médico-quirúrgico, debido al alto grado de pericia y atención que exige esta actividad, se está más expuesto a incurrir en errores o fallos y por tanto la posible responsabilidad penal del médico en la fase de ejecución del tratamiento pueden derivarse de diferentes causas, como de un tratamiento equivocado en su ejecución, de un tratamiento aparentemente exacto pero todavía tardío o irregular en su ejecución, o a partir del error que pudieran cometer terceras personas integrantes del equipo que les secunda como sus ayudantes y las enfermeras al efectivizar el tratamiento que prescribió el cirujano.

También en la fase pos-operatoria la delicada tarea del cirujano sigue su marcha, por cuanto en esta etapa debe cumplir el cometido de control y vigilancia del paciente, prestándole personalmente los cuidados necesarios sin confiarlos o delegarlos en terceras personas. De acuerdo con lo que hemos venido tratando de establecer en tan corto espacio de tiempo se advierte que una conducta descuidada del cirujano puede hacerlo incurrir en la tipificación de delitos de resultado, por excelencia, los delitos de lesiones o de homicidio que podemos calificar de imprudentes.

El bien jurídico tutelado del que tratamos en este tema es la vida o salud personal del paciente. De ahí el extremado cuidado con que debe manejarse el cirujano. Debe darse un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta descuidada de un agente, en este caso el cirujano y el resultado producido ya sea la lesión o la muerte del paciente. Esto es, el resultado debe haber sido producido casualmente por el accionar del autor. Y ya que hablamos en estos casos generados por la conducta del cirujano, de delitos imprudentes se requiere que el resultado se haya producido como consecuencia de la infracción del deber objetivo del cuidado. Pero es preciso dejar en claro también, que al juzgar la conducta y la acción del cirujano, pueden ponderarse algunas causas de justi-

ficación que desempeñan un rol, aunque limitado, en el tema que nos ocupa; la posible relevancia jurídico-penal de la actividad médico quirúrgica. Tal el caso del consentimiento del paciente o sus familiares, el estado de necesidad, el ejercicio mismo de la profesión médica, el cumplimiento de un deber. El consentimiento del paciente es un presupuesto en la medicina y en la actividad del médico cirujano. Para ello es preciso que el paciente conozca y comprenda el significado, el alcance y los riesgos del tratamiento médico quirúrgico que autoriza. El cirujano debe cumplir con su deber de información al paciente. En aquellos supuestos en que se ha de poner en tela de juicio la actuación de un médico cirujano en el ejercicio de su profesión entran en colisión o confrontación dos situaciones, dos actuaciones, dos campos distintos que en la mayoría de los casos, cuando no se ha generado presunta responsabilidad por culpa, son incluso coincidentes en el resultado exitoso. De un lado la dedicación médica del facultativo frente al paciente, su ciencia y su bien hacer. De otro, la propia naturaleza humana con su deterioro lógico, con sus íntimas características con el proceso evolutivo desde la perspectiva médica, porque el problema consiste en determinar cuándo la muerte o el daño irreparable se ha propiciado por falta de atención, por falta de dedicación, en equivocación inexcusable o dejadez extraordinaria que nada tiene que ver con el error científico o de diagnóstico y cuando por el contrario deviene aquel como consecuencia del final de una naturaleza ya desgastada, ya deteriorada o ya marcada sorpresivamente por cualquier fallo o defecto funcional o fisiológico. No habiendo pues una absoluta infabilidad en el quehacer científico, únicamente terapéutico o quirúrgicos cuando la impericia fuera extremadamente grave, cuando en el obrar se falte a las más elementales normas de sabiduría, como infracción al deber de saber. Estamos refiriéndonos y condenando a conductas profesionales lamentables por la desatención que inciden directa y eficientemente en la causa determinante de lesiones o de procesos evolutivos hacia el fallecimiento de un pacien-

te. Hay signos inequívocos, consecuencia de los gravísimos efectos derivados que hacen que algunas situaciones médicas límites sean calificadas de impericia generadora en relación de causa a efecto de las graves consecuencias que pueda sufrir un paciente. La impericia profesional aporta el plus de anti-juridicidad que la norma exige en la ley del arte de la medicina quirúrgica cuándo sus dictados no se acataron, no se respetaron o no se supieron observar. Todo debe apreciarse con ponderación y mesura. No omitir las precauciones más elementales y rudimentarias.

Afirmar esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una injerencia coherente con la lógica, la experiencia y la propia ciencia médica, con lo que no cabe duda de que, aún cuándo concurrieran como es normal, una serie de concausas en determinados hechos la conducta del profesional cirujano puede ser contribución decisiva del acontecimiento. Ello no implica que se acuda a presunciones o conjeturas. Se trata en definitiva de la existencia de la relación causal imprescindible para que el delito nazca. La actuación del médico contribuye a un resultado que era previsible y también evitable dentro de la relatividad con la que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente el Derecho Penal. En los delitos culposos la presunción de inocencia es de excepcional aplicación en tanto que en los mismos, la imputación objetiva de los hechos no suele estar en entredicho sino que más bien lo que se pone en cuestión y controversia es precisamente la imputación subjetiva que supone valoración específica de los elementos internos del actuar humano que escapa del ámbito de esta presunción. Pasando de los hechos al plano jurídico la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades, por que la ciencia que profesa es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño y a ello se añade que la necesaria libertad del médico nunca debe caer en audacia o aventura.

La relatividad científica del arte médico (los criterios inmovibles de hoy dejan de serlo mañana) la libertad en la medicina expuesta y el escaso papel que juega la previsibilidad son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales (los profesionales de la medicina). La profesión en sí misma, (el título en sí mismo) no constituyen materia de imprudencia, un elemento agravatorio ni calificativo, no quita ni pone imprudencia pero si puede influir, y de hechos influye para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse, esta imprudencia profesional caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica por evidente impericia, constituye un sub-tipo agravado caracterizado por un plus. Hasta el momento hemos visto someramente los fundamentos básicos para poner en marcha la posibilidad de la punibilidad del tratamiento médico o médico-quirúrgico, tanto en su tipicidad como su encuadre en las causas de justificación. Es preciso también hacer una breve alusión al elemento culpabilidad del médico en la que ha de referirse a si, al autor (de un delito) o médico culpable, se le puede formular el reproche de culpabilidad por su conducta, generalmente negligente en estos casos. Se trata de considerar sus conocimientos y sus habilidades personales, si el médico está realmente capacitado para cumplir con el cuidado exigido. Además se trata de ver si al cumplir con su obligación pudo prever la realización de un resultado típico, o si se trata de que habiéndose confiado en que un resultado de lesión o muerte no se hubiera dado, siendo previsible y fue previsto, se dio. Quien debe juzgar este tipo de situaciones debe tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y la idea de la exigibilidad de una conducta conforme a derecho. Cuando se llega a esta etapa, de calificación de culpabilidad, evidentemente el juez se verá enfrentado a una ardua tarea, la de formular un juicio a la

actividad específica del cirujano, conforme con una conducta cumplida con anterioridad a su enjuiciamiento y determinando lo que le era exigible al cirujano.

En este entendido se entiende lógico que el juez o magistrado amplíe su mira y su enfoque y se informe sobre la materia tan específica recurriendo a los medios competentes para lograr el fin de justicia que persigue.

El ejercicio de la profesión médica y en este caso el cirujano persigue una finalidad primordial y provechosa para la humanidad de la que fluyen bienes para las personas en su salud, en un programa de vida mejor y considerando la medicina como una ciencia inexacta en la que confluyen numerosos factores de difícil aprehensión, y sabiendo a la vez que sin dudas se corren en su ejercicio serios riesgos pero siempre con la meta de alcanzar y obtener el progreso de su propia área, su valoración debe ser justa en cuanto a que las

conductas de estos profesionales de la medicina se desarrollan en el marco de las reglas del arte o de un arte alimentado de principios esenciales que permiten un desarrollo gradual normal. Por lo mismo se estima que algunas veces las actuaciones del cirujano pueden resultar atípicas cuando sean producto de un error de diagnóstico por ejemplo, que resulte dañoso pero a veces la equivocación se torna inexcusable y debe llevar evidentemente a quien tenga que resolver y juzgar a ponderar en cada caso concreto la causa y el quantum de la culpa. Sin duda ello se dará cuando nos encontremos frente a un cirujano que actúe en forma irreflexiva o que no aplique las cautelas de uso normal y hasta en la ausencia de verificar los datos y la información sobre el paciente y su dolencia y la naturaleza de la misma. Como ser humano el médico cirujano puede cometer errores, errores de juicio que no es tan reprochable como si dejara de lado la debida atención o la verificación de las pautas sobre la que se asienta dicho juicio.

La responsabilidad civil

Dra. Gloria Szafir

I) Concepto

Ha sido definida como la imputación de un hecho dañoso a un sujeto, o como la reacción contra el daño injusto.

Consiste esencialmente en transferir el daño, desde la persona que lo sufrió, a otra que es designada como debiendo en definitiva soportarlo, esto es, el responsable.

El Derecho, por ser un instrumento para la regulación de la convivencia humana, debe tomar en consideración los daños que sufren los integrantes de la sociedad y decidir, si deben ser soportados por aquél sujeto que lo sufrió o por otro, sea éste el causante del mismo o alguien designado para hacerse cargo del mismo.

De esa forma existe la responsabilidad directa o por hecho propio y la indirecta o por hecho ajeno.

Cuando el ordenamiento jurídico reacciona contra el daño que califica como injusto, hace operar el mecanismo de retorno a la víctima y le otorga el derecho a ser indemnizado.

Frente a este derecho existe un correlativo deber de quien causó el perjuicio, o de un tercero designado por la ley, a repararlo.

II) Tendencia actual y moderna

La sociedad moderna se hace cada vez más consciente del derecho de todo sujeto a no ser dañado y no se resigna a sufrir un daño. Ya no se admite atribuir al azar la situación, sino que se busca un responsable (culpable o no, según el caso) a quien trasladar el detrimento.

Ello no sucede sólo con la responsabilidad médica, sino que la tendencia es a la reclamación en todas las actividades profesionales.

Recientemente he tenido oportunidad de dictar un curso de postgrado en la Facultad de Cien-

cias Económicas, así como ser invitada para exponer en el Congreso de la Asociación de Contadores y Economistas, sobre la responsabilidad de dichos profesionales.

Lo mismo sucede con los abogados, magistrados, arquitectos, ingenieros, etc.

A propósito de los arquitectos he tenido oportunidad de participar en una comisión para revisar la severa, y quizás demasiado grave, responsabilidad decenal regulada en nuestro Código Civil.

También la nueva tendencia a crear normas de protección al consumidor, responsabilizando severamente y en forma objetiva, a los proveedores está en el marco del reconocimiento de los derechos de los individuos constitucionalmente protegidos.

De esta tendencia no pueden escapar los médicos y demás profesionales de la salud.

Todo lo expuesto se encuentra recogido en el moderno derecho de daños. Este toma como base una sociedad solidarista, en la que se protege y prioriza a la víctima, lo que tiende, en definitiva, a regímenes de solidaridad social que evadirán el marco de la responsabilidad.

En ciertos países, como Nueva Zelanda, existen sistemas de ese tipo y en ellos se indemniza a las víctimas sin interesar el origen del daño y su causa.

La concientización de los derechos, lleva como de la mano al auge cada vez mayor de los seguros por responsabilidad, los que al ser contratados por los profesionales se hacen cargo de la reparación.

En los servicios privados, el costo del seguro es incluido en el precio del servicio y se traslada al usuario. En nuestro medio, indicó el Dr. Grille, que existen seguros contratados por el S.M.U.

III) Razones de la transferencia

Si bien lo que vengo de señalar puede causar inquietud o temor en los profesionales médicos, dichos temores deben desecharse porque en este

ámbito sólo existirá responsabilidad cuando exista una razón que justifique la transferencia del daño.

El Derecho como instrumento de convivencia social, debe encontrar una causa lógica y racional para atribuir responsabilidad. Las soluciones, necesariamente, tienen que responder a la conciencia media y regular la realidad fáctica tal cual es, so pena de resultar injusto y por ende burlado o evadido.

Podremos discrepar con las razones que el legislador invoca para transferir el daño, pero para ello debemos primero conocerlas.

Existen dos factores de atribución, el subjetivo y el objetivo.

El primero sólo atribuye o imputa el daño cuando éste es causado como consecuencia de un comportamiento culpable o doloso.

Existe un juicio de reproche frente a este tipo de conductas y la reacción desfavorable del orden jurídico es la atribución de la obligación de reparar el daño. Luego se verá el contenido del comportamiento culpable, dejándose aclarado desde ya, que el dolo es la intención de dañar. De su sola definición puede inferirse la justicia de la atribución de responsabilidad en tal caso.

En estos supuestos, la responsabilidad es subjetiva porque atiende al comportamiento del deudor, y es el factor de atribución más común en sede de responsabilidad médica.

Por su parte, el factor objetivo, considera adecuado trasladar el daño, no como consecuencia de un comportamiento reprochable, sino porque quien lo causa genera un riesgo y con éste se beneficia obteniendo un provecho económico o de otra especie.

La creación del riesgo justifica la obligación de reparar si se causa un daño. Este factor es el que rige la responsabilidad del proveedor en materia de daños a los consumidores y sólo excepcionalmente se aplica en la responsabilidad médica.

IV) Elementos de la responsabilidad

El hecho ilícito en la responsabilidad contractual es el incumplimiento. Existe un deber de prestar un comportamiento y el no prestarlo, o prestarlo mal, configura dicho incumplimiento.

En la responsabilidad extracontractual el hecho ilícito es no dañar la esfera jurídica ajena. Existe un deber de no dañar y su violación configura ilicitud.

Frente al hecho ilícito, el derecho reacciona atribuyendo a quien lo generó la obligación de reparar.

Sin embargo, no es suficiente con la existencia del hecho ilícito para que nazca la obligación de indemnizar.

Debe darse una razón que justifique tal obligación y buscarse el factor de atribución. Este puede ser subjetivo, esto es, consecuencia de un determinado comportamiento reprochable (*dolo-culpa*), u objetivo por el solo hecho de generar un riesgo. Se justifica el traslado del daño de la esfera del que lo sufrió hacia quien generó dicho riesgo en función de los intereses sociales. Luego se verá como funcionan ambos factores, al analizarse las obligaciones de medio y de resultado.

El elemento primordial es el daño, o sea, del detrimento, la disminución patrimonial actual o futura, así como la afectación de la esfera extrapatrimonial del sujeto, tanto en su *siquis*, en su físico, o en su vida de relación.

El daño reparable es el efectivamente causado, sea presente o futuro, y se limita al que resulta ser consecuencia directa o inmediata del hecho ilícito.

La relación causal impone que el daño sea la consecuencia adecuada de obrar ilícito. En efecto, pueden existir comportamientos ilícitos, pero el daño tener como causa un hecho ajeno a la esfera del deudor.

En la responsabilidad médica, el profesional que opera el riñón derecho en lugar del izquierdo por una grosera impericia o imprudencia, incumple la

obligación de prestar asistencia en forma perita y prudente ya que el factor de atribución es subjetivo. El paciente sufre un daño en su vida emocional pues la operación fue inútil y debe operarse nuevamente con los riesgos consiguientes. Ese daño extrapatrimonial que sufre la víctima es consecuencia adecuada del error inexcusable del cirujano. En tal caso se dan todos los elementos de la responsabilidad y deberá indemnizarse.

Pero bien podría haber sucedido que se le entregara al cirujano la placa de otro paciente y el error ya no sería inexcusable, pues el hecho de un tercero es causa del error y opera como eximente de su responsabilidad.

V) Tipos de responsabilidad

La responsabilidad contractual proviene del incumplimiento en la prestación asistencial emergente de un contrato o de una obligación de origen legal.

Sería contractual la responsabilidad de la mutualista con el afiliado puesto que entre ellos existe una relación contractual. De la misma forma sería contractual la derivada de un incumplimiento del profesional frente a un paciente particular.

También es contractual la del Estado generada por el incumplimiento de los hospitales públicos en la medida en que éstos cumplen con la asistencia en virtud de una obligación de origen legal.

Importa distinguir entre ambos tipos porque el régimen jurídico es diferente. Por ejemplo, si se trata de responsabilidad contractual, el paciente tiene 20 años para reclamar mientras que si es extracontractual tiene solo 4.

Por su parte, la responsabilidad extracontractual se da entre el médico y el afiliado, así como entre un sanatorio contratado por la mutualista a la que se halla afiliado el paciente y éste. Si la persona dañada lo prefiere puede dirigir su acción contra el médico o el sanatorio o contra ambos, por supuesto que cobrará una sola vez la indemnización. Según quien pague habrá o no acción de

regreso. Si quien paga es el causante directo del daño no podrá repetir.

Si paga el responsable indirecto (mutualista), puede regresar contra el médico o el sanatorio.

También habrá acción extracontractual cuando el paciente afiliado fallece y los familiares reclaman por su sufrimiento y el lucro cesante propio. Estos no tenían vínculo contractual alguno con la mutualista ni con el médico.

VI) a - Responsabilidad contractual por hecho propio.

b - Responsabilidad contractual por hecho ajeno.

Normalmente la mutualista como persona jurídica no puede cumplir las prestaciones asumidas por sí, y requiere de dependientes y auxiliares que son, en definitiva, los que pueden causar daños como consecuencia de hechos ilícitos.

Sin embargo, existen comportamientos que no pueden atribuirse a los médicos, ya que es la propia sociedad médica o mutualista que debe a través de los sujetos que la representan cumplir ciertas obligaciones.

Así, es la mutualista, (o el hospital), la que tiene a su cargo la limpieza de los locales, en especial los quirófanos, salas blancas, etc., y no puede atribuirse al cirujano la responsabilidad por falta de higiene o de esterilización generadoras de una infección intrahospitalaria. Por supuesto, que existen comportamientos necesarios de los médicos cirujanos para cuidar al paciente de posibles infecciones a través del empleo de una técnica correcta y su no adopción generaría también responsabilidad.

La conducta culpable del cirujano no exime a la mutualista de la que es dependiente, pero si la causa de la falta de higiene no es causada por el técnico, éste si queda eximido. La mutualista responde por su dependiente o auxiliar pero viceversa no.

VII) Obligaciones de medio y de resultado

La clasificación en análisis solo es aplicable a las obligaciones nacidas de un contrato o de la ley, o sea, aquellas cuyo incumplimiento genera responsabilidad contractual.

En una obligación de medio la prestación asumida es un comportamiento diligente, perito, prudente y reglamentario, y en el caso de los médicos, tendiente a lograr la curación del paciente aunque no se promete tal resultado.

Quien actúa dentro de tales parámetros cumple con lo debido y no existirá responsabilidad aunque se cause un daño como consecuencia del actuar.

En las obligaciones de resultado, por el contrario, no importa el comportamiento, basta que no se obtenga el fin prometido para que se deban reparar los daños causados.

En sede de responsabilidad médica la mayoría, o la casi totalidad, de las obligaciones son de medios.

Para saber cuándo estamos frente a un tipo u otro de obligación, el criterio orientador refiere al álea o incertidumbre de obtener el resultado en condiciones de normalidad.

Cuando existe un porcentaje importante de incertidumbre solo se puede prometer tratar de obtener un resultado, pero no el resultado mismo.

El profesional se compromete a actuar sin culpa para lograr la curación pero no se obliga a la curación.

Si por el contrario, en algunas prestaciones específicas, el porcentaje de incertidumbre en la razonable obtención del resultado es menor, la obligación será de resultado.

Será el juez, el que determinará frente a qué tipo de obligación nos encontramos y para ello analizará el porcentaje del álea, utilizando como criterio rector que supere o no el 50%.

Es necesario tener en cuenta el riesgo incidente en la obtención del resultado. Cuanto más alea-

torio deviene éste como consecuencia del riesgo, más clara será la obligación de medios.

Con relación a la profesión médica la obligación es de medios en la etapa de tratamiento, diagnóstico y en materia de cirugía, sea ésta general o estética. Aún en la cirugía estética existen factores aleatorios y de riesgo que justifican la imposibilidad de prometer el resultado que espera el paciente.

Por el contrario, las obligaciones de resultado se ubican en el área de la hospitalización, en especial en sede infecciones intrahospitalarias y enfermedades nosocomiales, así como en la transmisión de enfermedades por sangre siempre referente a las actividades de los Bancos de Sangre o servicios de hemoterapia y a los laboratorios que efectúan las pruebas serológicas.

La incidencia del riesgo en la corrección del resultado no es trascendente (un pequeño porcentaje) por lo que la defensa deberá acreditar una causa distinta a la transgresión o la fuerza mayor, esto es la inevitabilidad del error para exonerarse.

VIII) Acciones del perjudicado

El paciente que se encuentra ligado a la mutualista o al ente asistencial por una relación contractual o legal puede reclamar contra ésta por los daños que son consecuencia del incumplimiento, hecho ilícito que se genera por culpa o por no haber obtenido el resultado, según la obligación que haya sido incumplida.

Asimismo podrá demandar por responsabilidad extracontractual al médico dependiente de la misma, o eventualmente al servicio o sanatorio auxiliar de éste, cuando sean éstos los que con su comportamiento causaron el daño.

La postura que señalo es actualmente admitida mayoritariamente por la jurisprudencia.

IX) La carga de la prueba

Cuando el actor reclama al ente asistencial (responsabilidad contractual), debe acreditar la exis-

tencia de la obligación, esto es, su calidad de afiliado a la sociedad médica, o de beneficiario del servicio público de asistencia.

Debe además demostrar el incumplimiento. En una obligación de medio se incumple cuando se actúa con culpa y por ello la prueba del actor deberá tender a convencer al juez de que el comportamiento del médico fue imperito, antireglamentario, imprudente o negligente.

Aún cuando se demande a la sociedad médica que responde por hecho ajeno (por el médico dependiente) debe acreditarse la culpa en el causante directo del daño para que responda el ente asistencial como garante.

En la obligación de resultado bastará con acreditar que no se obtuvo el mismo. Por ejemplo salir indeme de otra enfermedad diversa a aquella por la que es hospitalizado.

Alcanzará con acreditar que se contaminó por una transfusión o salió infectado luego de una hospitalización.

También debe demostrar los daños que se le causaron no teniendo que acreditar que los mismos se derivan del hecho ilícito incumplimiento (culpa o no obtención del resultado) de la obligación. El nexo o relación causal se presume (art. 1342 C. Civil). Si no existe tal relación causal, será la mutualista la que deberá demostrarlo. Lo común es que, frente a la constatación de un comportamiento culpable, el daño se derive de éste.

Si no es así, situación excepcional, el demandado deberá acreditarlo. En esta responsabilidad, así como en la extracontractual se repara el daño que es consecuencia directa e indirecta del incumplimiento (art. 1346 C. Civil).

X) Responsabilidad extracontractual

El hecho ilícito implica la violación del deber de no dañar y por tanto la invasión de una esfera jurídica protegida por el derecho (esfera patrimonial o de los derechos personalísimos).

Siempre en este ámbito, a diferencia del contractual, la responsabilidad es subjetiva siendo el factor de atribución la culpa.

El nexo causal es la relación adecuada entre el hecho ilícito y el daño que se sufre. Debe existir una adecuación entre la ilicitud causada con la culpa y el daño reclamado. También son reparable solo los daños directos e inmediatos (art. 1323 C. Civil) debiéndose acreditar los mismos.

Existe una diferenciación entre la situación que se configura por el simple comportamiento del médico (diagnóstico), de aquella en la que interviene una cosa en la causación del mismo (bisturí, fibroscopio, etc.).

En el primer caso debe probarse la culpa del galeno, en el segundo se presume. Será el médico o el ente asistencial los que deberán demostrar que no hubo tal culpa y que la presunción no obedece a la realidad.

XI) Criterio para analizar el comportamiento

Si atendemos a las diversas etapas por las que atraviesa el cirujano cuando atiende a un paciente, preoperatoria, intraoperatoria y postoperatoria, llegamos a considerar que todas deben analizarse con criterios de razonabilidad.

En general, el comportamiento debe ser analizado por un técnico de la misma especialidad (perito) ya que el juez no conoce la ciencia en la que debe decidir. Cuando debemos juzgar un actuar que atañe a reglas de una ciencia ajena al magistrado, salvo cuestiones muy obvias como no prestar asistencia o dejar olvidada una mecha antes de dar el alta, se requiere la asistencia de un perito que asesore al juzgador y le determine lo necesario para resolver el caso sometido a su decisión.

XII) Error en la emergencia

El error debe calificarse como inexcusable para generar un supuesto culpable.

Existen errores que son excusables porque la medicina no es una ciencia exacta.

Frente a cierta sintomatología puede llegarse a un diagnóstico equivocado y realizar un acto quirúrgico innecesario, pero ello, por sí solo, no es inexcusable. Si otro profesional medio hubiese cometido el mismo error no hay culpa.

Véase que, a veces, los síntomas pueden ser equívocos o aún engañosos. Otras veces el error puede obedecer a una incorrecta información del paciente o a ausencia de la misma. Pueden citarse como errores inculpables o excusables:

a) la demora de un cirujano de retén en asistir cuando se halla atendiendo otra emergencia, sin perjuicio de la posible responsabilidad del ente asistencial.

b) la no realización de ciertos exámenes que considere del caso, cuando carece de medios para hacerlos, y la urgencia del caso, hace conveniente prescindir de los mismos.

c) la emergencia de la situación hace imposible realizar exámenes puesto que la demora perjudicaría al paciente.

d) ordenar un traslado correctamente indicado cuando el paciente está estabilizado, y a criterio del galeno no existe riesgo en trasladarlo; o cuando el mantenerlo en el nosocomio es más perjudicial que el riesgo del traslado por carecer dicho ente asistencial del equipamiento necesario para su atención.

e) generar en el paciente una enfermedad iatrogénica. La iatrogenia evade la culpa, puesto que el médico opta por causar un mal menor para evitar otro mayor. Tal daño resulta necesario para la salud o la vida del paciente. A veces el tema se vincula al deber de informar, del que se puede prescindir cuando no es posible hacerlo efectivo por la urgencia de la situación.

XIII) Oblitos

El tema de los oblitos y olvidos quirúrgicos atañe especialmente a la especialidad de este Congreso.

El punto inicialmente era considerado como un supuesto de culpa que no requería prueba. Bastaba la simple constatación de la aguja, la tijera o la compresa, para que se configurara un olvido culpable.

La conclusión se basa en el hecho de que existe una rutina que exige el recuento del material utilizado.

Se consideró asimismo que tal comprobación era culpa probada.

Sin embargo, entiendo que debe diferenciarse el olvido negligente de aquél oblieto que queda en el cuerpo del paciente por imposibilidad de extracción o porque el procedimiento para lograrlo es riesgoso.

En cirugía de emergencia pueden darse situaciones que impidan extraer algún elemento utilizado por el equipo quirúrgico que no está a la vista

(gasas, compresas) y que dada la gravedad del paciente se requiere finalizar la intervención.

En tales casos, sea por la inestabilidad del paciente, o por un profuso sangrado que impide detectar el objeto en el cuerpo del paciente, el dejarlo no implica culpa, ya que el comportamiento es justificado por una fuerza mayor.

De todos modos, es conveniente que se deje escriturada en la historia clínica toda complicación que pueda derivar en la presencia de un oblieto.

Si se consigna que se cierra previo control de hemostasis y recuento del material (como sucedió en un caso judicial) existe prueba acerca de la inadvertencia negligente o de la falta de recuento del material.

Tradicionalmente se imputó la obligación de tal control al cirujano actuante como jefe del equipo.

Ultraintención y concausas en la cirugía

Dr. Pedro J. Montano Gómez

La cirugía tiene en común con el resto de las especialidades médicas que se rige por cánones que no son los de las ciencias exactas. Se ha dicho con acierto que la medicina es más bien un arte conjetural.

Sin embargo, a los efectos de la responsabilidad esta especialidad reviste un especial interés por dos motivos que la diferencian de las demás:

a) la proximidad al daño o, por decirlo de otro modo, el mayor riesgo que origina por suponer una ingerencia directísima sobre el cuerpo del paciente y

b) la importante cuota de habilidad o destreza física que supone en quien la ejerce.

Desde luego que otras ramas de la Medicina también pueden presentar características simila-

res, pero es en ésta donde se aprecian mejor. Así por ejemplo, un traumatólogo puede requerir cierta habilidad física para hacer encajar un hombro salido de su sitio, y también hay una intervención directísima en el cuerpo del paciente, pero en la cirugía es aún más delicada la precisión que se requiere en el manejo de la técnica operatoria y también se trata de una intervención muchísimo más íntima, interior en el paciente, al punto que un fallo puede suponer muy graves consecuencias para él.

Estas características de la cirugía hacen que sea la especialidad más enjuiciada en el ámbito universal, pero también hace que los magistrados tomen en cuenta esa cuota de riesgo extraordinario y lo delicado del ejercicio de la actividad. Por lo tanto, a mayor complejidad de la intervención, más benévolamente debe ser juzgada. Esto condivide con el criterio general de la jurisprudencia que reclama el error grueso, la culpa grave, como supuesto de responsabilidad penal.

I. La ultraintención

Nos referiremos ahora a los puntos que se nos ha pedido estudiar para esta ocasión.

En el primero de ellos abordaremos la denominada “ultraintención”.

Conviene primero ponernos de acuerdo con la terminología porque desde el punto de vista penal, tiene un significado muy preciso. Corresponde a un grado de la culpabilidad, que es uno de los cuatro elementos del delito (acción, antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad) según la doctrina tradicional.

La ultraintención refiere pues a la subjetividad del médico, a su grado de intencionalidad.

La culpabilidad tiene dos grados fundamentales que son el dolo y la culpa. El dolo supone el ajuste de la intención al resultado. La culpa es fundamentalmente la imprevisión de un resultado previsible, por negligencia, impericia, imprudencia o violación de leyes o reglamentos (art. 18 CPU).

La ultraintención es una mezcla de ambos grados. Se ha dicho que supone dolo en la base y culpa en el ápice. El agente busca un resultado, pero se le va de las manos y termina siendo más grave de lo que quería.

Pero siempre se requiere la conciencia de la ilicitud de la actuación del agente. O sea que para que se dé ese dolo inicial que luego resultará sobrepujado, el médico debe querer hacer algo que sabe que es ilícito.

El supuesto típico es el del médico que realiza un aborto. Busca destruir el feto, algo que es ilícito, y termina provocando la muerte de la madre. Hay dolo en cuanto al aborto buscado pero el resultado final hará que se le juzgue por homicidio ultraintencional. El aborto ya quedará fuera de juicio porque será absorbida la conducta por el resultado más grave que es el homicidio de la persona adulta.

Sin embargo, nosotros sostenemos que en principio nunca se puede juzgar a un médico como tal cuando voluntariamente va en contra de los intereses del paciente. En efecto, si hay algo que

caracteriza a la actuación del médico es que siempre va a actuar en beneficio de su paciente, al punto que éste le confía plenamente aquello que le es más importante: su vida, su integridad física. Cuando el médico actúa intencionalmente en contra de su paciente -como en el caso de la tortura, por ejemplo- deja de ser propiamente tal porque no está cumpliendo un acto médico que es el que supone curar o por lo menos aliviar. Será otra cosa -ontológicamente una lesión u homicidio agravados por su condición de tal- pero nunca un acto médico.

De modo que, técnicamente, hay pocos supuestos que quedarán abarcados por la ultraintención.

De forma no técnica, a veces se habla de ultraintención cuando el médico comienza operando por una cosa y termina operando por otra.

Aquí hay que hacer una distinción importante, con consecuencias claves en el ámbito de la responsabilidad profesional.

Si un cirujano debe operar por apendicitis y al abrir al paciente se da cuenta de que cerca de la zona afectada hay, además, un quiste de aspecto de maligno, deberá sacarlo. Lo médicamente “indicado” era precisamente esta actuación. Sería ilógico cerrar para preguntar al paciente si más adelante quiere operarse y también sería peligroso porque el paso del tiempo podría ir en contra del paciente.

Si, en cambio, durante una operación de cesárea el médico resuelve por sí esterilizar a la mujer, porque entiende que se trata de una persona muy joven, o de muy modestos recursos económicos, o porque ya tiene demasiados hijos, incurrirá en gravísima lesión y por eso puede ser responsabilizado.

Otras veces se alude de manera no técnica a la ultraintención cuando se produjo un fallo técnico. A diferencia de la verdadera ultraintención, el agente siempre quiso actuar lícitamente, en beneficio del paciente. El dolo se descarta de plano.

Desde que la medicina es un arte conjetural - aunque cada vez más vaya tecnificándose- cabe la posibilidad de error. Es cuando el médico diría: “no fue mi intención, se hizo todo lo posible por evitarlo”.

Aquí, como se apreciaba, hay dos elementos: el primero la falta de intención ajustada al resultado y el segundo, el cumplimiento del cuidado objetivamente debido. La conclusión es que, de ser cierto lo dicho por el médico, no se le pudo exigir otra conducta. Esto lo exime de responsabilidad.

La falta de intención ajustada al resultado nos ubica en el terreno de la culpa. El segundo elemento nos ubica en las modalidades de ésta: negligencia, impericia o imprudencia. Cuando se dice que se hizo todo por evitarlo, se está diciendo que no se actuó con negligencia, ni impericia, ni imprudencia. Precisamente aquí estará el ámbito de la prueba si se pretende llevar a juicio la actuación de este profesional.

No todo error o fallo genera responsabilidad. Hay fallos que se sabe que van a ocurrir aunque no se sabe cuándo ni por qué, por lo que dejan de ser previsibles en el caso concreto. Pienso por ejemplo en la litotricia. Se sabe que en un porcentaje bajísimo produce hematomas en el riñón, pero no se sabe en qué casos, ni por qué, aunque se tomen todas las precauciones.

Estos errores o fallos que no generan responsabilidad son aquellos que están fuera del control del médico. El profesional pone todos los medios que están a su alcance -habida cuenta de las circunstancias- y sin embargo se produce un resultado negativo, ni siquiera previsto.

Existen tres niveles de enjuiciamiento de la actuación subjetiva del médico: la primera, como ciudadano común, se le aplicará el parámetro objetivo del “buen padre de familia”; seguidamente habrá que ver si actuó de acuerdo a otro parámetro, también objetivo, del “buen profesional o del buen médico”. Pero la cuestión se dilucidará en el tercer nivel cuando se le juzgue según otro parámetro, subjetivo esta vez, de “buen médico en el caso concreto”.

Recién en este momento podrá confrontarse la situación subjetiva del médico con la que objetivamente se dio en los hechos y podrá surgir que el resultado no depende de la intencionalidad del agente, sino de un hecho fortuito, o una fuerza mayor, o una concausa.

Entramos así en el segundo tema que se nos pidió abordar.

II. La concausa

La fuerza mayor es algo que violenta la voluntad y hace que se actúe de manera indebida. Hay una nota de irresistibilidad para el agente. Puede ser previsible y cognoscible.

Pienso por ejemplo en el caso de una operación hecha sin energía eléctrica en un país en guerra, sin posibilidades de generar electricidad de otra forma. Aquí es claro que si el médico debía operar, no se le puede imputar un resultado infausto por sobrevenir un apagón.

El hecho fortuito es, en cambio, imprevisible, e incognoscible. Estamos en el ámbito de la casualidad y no de la causalidad. Es el caso de la litotricia a que me refería antes.

La concausa puede asimilarse al caso fortuito.

De acuerdo a nuestro Código Penal el médico no responderá de aquellas concausas que sean preexistentes, supervinientes o simultáneas, independientes del hecho, y que no se pudieron prever. Si se pudo prever y no se previó será tenido en cuenta para rebajar la pena de acuerdo con las circunstancias del caso y lo dispuesto por el art. 18.

Se llaman concausas porque actúan conjuntamente con la actuación del hombre pero hacen que ésta termine en otro resultado que el objetivamente imputable a la acción.

Cuando esas causas que actúan junto con el enjuiciado son incalculables, extraordinarias, excepcionales, irregulares son imprevisibles. Y si son imprevisibles, no se podrá responder por el efecto que causen.

Son circunstancias que no dependen del indagado y que producen su propia causa. Están fuera del curso regular de la acción y su efecto. Corta el nexo causal de la acción por lo que no se podrá imputar el resultado al agente cuya conducta se pone en tela de juicio.

Pongamos un ejemplo. Como consecuencia de un acto quirúrgico, en que se extrae un tumor a un paciente, una arteriola sangró abundantemente en el postoperatorio inmediato y fallece.

Precisamente, si la arteriola sangró como consecuencia del acto quirúrgico no estamos ante una concausa independiente del hecho del médico. Por otra parte, tampoco es imprevisible un sangrado luego de una intervención. Precisamente es una de las complicaciones posibles. Esto hace que no pueda pretenderse una exoneración de la responsabilidad del médico alegando una concausa: una ruptura de un vaso pequeñísimo.

Desde luego que deberá estudiarse la eventual responsabilidad por omisión del médico del CTI.

Obsérvese que la muerte no se produce porque el médico quitó erróneamente un órgano vital confundiéndolo con el tumor. Allí sí se podría ver más claramente el nexo causal. En cambio, se produce por algo posterior al acto quirúrgico propiamente. Es lo que podría interpretarse como concausa superviniente. Pero no alcanza para eliminar la responsabilidad porque no es un hecho independiente ni tampoco imprevisible.

Tuve que intervenir en un caso en el que se terminó condenando a la institución asistencial por mala práctica.

Los demandados alegaron fundamentalmente dos concausas.

La demanda se inició porque una mujer mayor que fue operada al corazón terminó con los miembros inferiores amputados. La operación fue un éxito, pero en el CTI le quemaron las piernas al pretender levantar su temperatura.

Los médicos del CTI argumentaron que el proceso isquémico que determinó la doble amputa-

ción no se debía a las quemaduras sino a la diabetes de la víctima. Se apoyaban en la existencia de análisis que obraban en la propia historia clínica.

De haber sido cierto hubiese sido una buena y típica concausa preexistente y también simultánea, independiente del hecho de los médicos intensivistas.

Sin embargo, la existencia de esta diabetes hubiese comprometido la responsabilidad de los cirujanos cardíacos, que debieron estudiar especialmente ese punto y que debieron tomar medidas extraordinarias.

Al alegar la concausa forzosamente comprometían la responsabilidad de los cirujanos (hecho de un tercero). Sin embargo éstos insistieron siempre en que habían estudiado muy bien a la paciente antes de una operación tan importante (recambio de válvula mitral en 1985).

La verdad se demostró más adelante. El análisis que daba diabetes en la paciente fue tomado mientras se le estaba suministrando suero glucosado...

También pretendieron alegar las penurias circulatorias en las zonas más distales por problema circulatorios de la paciente. Esta concausa también hubiese comprometido la responsabilidad de los cirujanos cardíacos que estudiaron especialmente el punto antes de emprender una intervención de ese tipo.

Ambas concausas fueron rechazadas porque no solo eran previsibles, sino que fueron debidamente previstas por los cirujanos cardíacos.

El Prof. Cairoli relata otro buen ejemplo que es una variante del que pusimos como de ultraintencionalidad.

Un médico practica un aborto con consentimiento de la mujer, pero al realizar la intervención, se produjo la expulsión de un feto en estado de putrefacción. El aborto produjo una grave septicemia que acarrió lesiones graves a la mujer. El juzgado consideró que había existido una concausa preexistente, pues el feto llevaba días en esta-

do de putrefacción dentro del vientre materno y la septicemia se había producido por esa razón. Esta solución es correcta: el médico solo responderá por el aborto, pero no por las lesiones graves. En efecto, éstas no se hubiesen producido si no fuese porque el feto estaba podrido ya antes, independientemente de la actuación del médico, sin que pudiera ser previsto.

El problema de la causalidad es uno de los más debatidos en doctrina. Se trata de que responda realmente aquél a quién se le puede imputar decisivamente el resultado dañoso. Toda situación es causada por una infinidad de causas más o menos próximas a ella. Se trata de elegir la que es más determinante.

La doctrina se ha dividido a lo largo del tiempo: causalidad eficiente, causalidad adecuada, conditio sine qua non o equivalencia de todas las condiciones, o más moderna como la imputación objetiva del resultado, etc.

Lo que hay que hacer es ver qué sucedió en el momento en que el médico actuó y averiguar si en ese entonces y según las circunstancias que rodearon al hecho éste fue la consecuencia normal

de la acción. No se trata de saber si el acto es capaz de causar la muerte o la lesión, hay que ver si el acto es capaz de causar esta muerte o esta lesión. Supone una general aptitud de la acción para ocasionar resultados como el acaecido en concreto.

Veamos un clásico ejemplo de laboratorio.

Un sujeto hiere levemente a otro con un revólver para rapiñarlo. El sujeto es internado en un hospital que se incendia y la víctima muere quemada.

Se podría argumentar que de no haber sido internada no hubiese muerto. De esta forma el rapiñero sería el homicida.

Sin embargo, por la vía de la causalidad adecuada se llega a que debe excluirse el nexo causal porque el resultado muerte por quemaduras no es una concreción del riesgo típicamente conectado a la acción de herir con un revólver.

El incendio fue una concausa, imprevisible por parte del rapiñero e independiente a su actuar (o, lo que es lo mismo, su actuar no fue causa adecuada para producir el resultado muerte que se le imputa).

La responsabilidad médica (enfoque medicolegal pericial)

*Dr. Guido Berro Rovira***

Introducción

Por supuesto, y como en cualquier profesión, el médico puede cometer errores. Los que no serán reprochables -moral ni judicialmente- si ha tratado al paciente con los medios adecuados a su alcance y de acuerdo a su deber (*lex artis*).

Por otro lado, ya nadie discute que las víctimas de negligencia, impericia o imprudencia médicas (culpa médica) tienen el legítimo derecho a una indemnización total.

La confusión que mucha gente hace entre el derecho a la atención médica adecuada, al que puede y debe aspirar legítimamente, con el derecho a la curación o a la buena salud, lo que lamentablemente es utópico, es quizás uno de los factores que ha multiplicado los reclamos. Obviamente, no es lo mismo reclamos o demandas que condenas. Pueden considerarse muchas las demandas pero son relativamente escasas las condenas, y en primer lugar, en lo civil, lo son a la institución o incluso el Estado y no al médico. Responde la

*** Médico Legista. Profesor Agregado (G° 4) de Medicina Legal de la Fac. de Medicina. Médico Forense del Poder Judicial.*

institución por su dependiente, claro que secundariamente podría repetir contra éste.

Por otra parte, además, frente a un daño ha de distinguirse bien entre culpa y accidente. La Asociación Médica Mundial ha insistido, con razón, que debe hacerse una clara distinción entre la negligencia, que cuestiona la responsabilidad del médico, y el accidente sin responsabilidad médica. Aunque el derecho de la víctima a reparación e indemnización pueda ser esgrimido en ambas situaciones, la cuestión de la responsabilidad del médico se plantea en el primer caso, en cambio en el segundo la reparación sólo puede eventualmente estar a cargo del sistema social y es una cuestión de solidaridad y no de responsabilidad médica.

El accidente sin responsabilidad es el resultado del azar inherente al ejercicio médico y a la medicina como ciencia conjetural, inexacta.

La pericia medicolegal se torna fundamental para dilucidar distintos aspectos del actuar profesional, entre ellos este fundamental de distinción entre culpa o accidente o entre yatropatogenia con culpa, con responsabilidad y yatropatogenia sin culpa, sin responsabilidad.

La creciente eficacia de la medicina y los servicios médicos aumentan también los riesgos del ejercicio médico con sus eventuales daños y consiguientes demandas.

Así mismo, con el aumento de los costos y gastos en salud en todos los países, pero con mayor repercusión con crisis económicas, se nos enfrenta a nuevas situaciones de racionalización económica que pueden entrar en conflicto con el deber del médico de utilizar todos los medios al alcance.

Finalmente, si hay un litigio, ser responsable significa ser garante y responder a las autoridades legales. En otros países sucedió, salvo excepciones, algo así como estar bajo la influencia de la ley del péndulo, que hizo pasar de la antigua situación en la que prácticamente nada era exigible al médico, a una nueva situación en donde se instituye como principio la presunción de la

responsabilidad del médico hasta que se pruebe lo contrario.

Deberíamos esforzarnos para que no continúe en forma tan traumática un cambio de esta magnitud en nuestro país.

Es pues, de máxima importancia la demostración en un caso concreto de la existencia de una falta médica.

A este respecto hay que añadir, como dificultad que nos ha mostrado la experiencia pericial, que la prestación médica implica tantos matices, es de una apreciación a veces tan poco objetiva, que su interpretación puede ser muy diferente de unos casos a otros, hasta el extremo de dar lugar a plena incertidumbre de hasta donde puede llegar la exigencia respecto de la actuación médica.

Incluso no hay interpretaciones únicas en cuanto al grado y naturaleza de la falta generadora de responsabilidad.

Se trataría, en último extremo, de establecer si el médico ha cumplido con su obligación respecto a una persona determinada; si ha ejercido una actividad destinada a diagnosticar y a aplicar los recursos necesarios para curarlo, aliviarlo o rehabilitarlo. Y si ello no era posible, a reducir sus dolores.

La naturaleza de los medios utilizados y de los recursos empleados, dependerá también del medio en el que se realiza el acto médico, por lo que las exigencias al respecto serán distintas si se trata de un acto médico en el medio rural, en los centros hospitalarios, en situaciones de urgencia o en situaciones de coordinación, o en tecnologías de alta sofisticación.

La responsabilidad no será juzgada de igual manera si era, por ejemplo, una cirugía de emergencia, urgencia o coordinación. Como se comprenderá, no es lo mismo tampoco si fue una operación muy sangrante que si no lo fue, por ejemplo ello tiene fundamental importancia al momento de valorar el olvido de compresas.

Esta es la perspectiva desde la cual, me planteo la realización de una pericia. Opino que sólo

así podremos tener conciencia si hubo falta médica y su gravedad, resultante del incumplimiento de la obligación de medios que el ejercicio profesional de la medicina exige en cada caso concreto, situándolo en su tiempo, lugar y circunstancias.

En cuanto a las faltas, entiendo que pueden agruparse en tres grandes grupos:

1 - Faltas derivadas de un inadecuado proceso intelectual en el acto médico, como son las cometidas durante la elaboración diagnóstica o la elección terapéutica, siendo en este último caso el error generalmente consecuencia del primero.

Nuevamente enfatizo que deben tenerse en cuenta circunstancias personales del médico y del medio en que desarrolla su actividad. Es imposible igualar exigencias a un médico rural con un calificado especialista, así como tampoco pueden equipararse las circunstancias de la asistencia: policlínica, centro hospitalario, domicilios, medios exploratorios y curativos más sofisticados, etc.

2 - Faltas instrumentales y técnicas. Aún cuando el diagnóstico y la indicación terapéutica hayan sido exactas, podrá haber una falta derivada de la mala aplicación de la técnica ya sea en lo manual o instrumental; en las destrezas. Hipótesis éstas de mayor frecuencia en el quehacer quirúrgico.

3 - Faltas materiales. Producidas por ejemplo por confusión de enfermos, confusión de miembros, confundir un lado por el otro, perder piezas remitidas a anatomía patológica, etc. La naturaleza de la falta es evidente, pero el peritaje deberá centrarse en explicar el proceso que ha dado lugar al error, para evaluar así el compromiso en que hayan incurrido los diversos miembros del equipo asistencial.

III - El daño

Al identificar el daño producido, lo podremos hacer, por ejemplo situándolo en sus niveles: lesional, funcional y situacional.

En forma somera, respecto del daño, se entiende por nivel lesional, la descripción del daño

en la persona de la víctima a nivel somático. Con descripción de las secuelas morfológicas, con sus consecuencias físicas.

El nivel funcional tiene que ver con pérdidas o consecuencias funcionales, secuelas fisiopatológicas y su descripción (estimación cualitativa o descriptiva), hace referencia al nivel de incapacidad resultante, que a su vez es también tasable o estimable en porcentajes de incapacidad tomando como referencia "Baremos" o tablas de incapacidad (valoración cuantitativa).

Lo sustancial refiere a los distintos "handicaps" o repercusiones que la incapacidad tiene sobre las diversas actividades de la vida. Al respecto, la Sociedad de Medicina Legal y Criminología Francesa (1991) ha dividido en cinco sectores la actividad humana al momento de analizar el daño a la persona en su nivel situacional: A) Actos esenciales de la vida cotidiana, B) Actividades afectivas y familiares, C) Actividades de placer o recreación, D) Actividades de formación o curriculares y E) Actividades profesionales.

La "invalidéz" refiere a lo situacional o a la minusvalía resultante del daño, y la "incapacidad" a lo funcional o menoscabo fisiológico. Para la caracterización del daño situacional también se utiliza lo descriptivo y existen tablas de valoración cuantitativa.

Por último puede darse la situación de existencia de daño estético y de eventuales sufrimientos dolorosos, también estimables (*pretium doloris*).

IV - La relación de causalidad

Es la demostración de que un daño sufrido por el enfermo es solo explicable por una falta cometida por el médico. Dicho de otra forma, la falta médica es el origen del daño.

Así, los hechos fortuitos, por fuerza mayor o accidentes, o los que tienen un origen ajeno a la acción médica, como ya mencionara, no pueden ser motivo de responsabilidad. A veces surge del análisis pericial de la historia clínica la culpa ajena

al médico, la del propio paciente no siguiendo las indicaciones por ejemplo, o la de un tercero, o el origen del daño en la propia falibilidad de la medicina, de allí también la importancia de una correcta historia clínica, fundamental documento.

La causalidad es el camino o proceso que conduce desde el hecho inicial a la situación presente. Es el puente entre el acto médico y la situación lesiva.

Se trata de una relación que muchas veces tiene extraordinarias dificultades para valorarla, dando lugar a peritajes delicados y complejos, pero inexcusables dada su trascendencia.

Las principales dificultades tienen su origen en un hecho muy habitual, según mi experiencia: la multiplicidad de causas, es excepcional que en la producción del daño sufrido por el paciente exista una causa única y lineal o directa, cuya consecuencia inevitable sea ese daño. Es habitual un conjunto de “concausas”, con un rol más o menos trascendente en el desencadenamiento del daño.

De los distintos criterios para valoración de la causalidad (causa próxima, ausencia de otra causa, causa adecuada, etc.) entiendo como el único aceptable en la peritación médico-legal de la responsabilidad médica el de la “causalidad adecuada”.

De acuerdo a este criterio, son causa aquellos sucesos capaces de producir el efecto lesivo en un desarrollo lógico de la cadena de procesos patogénicos.

La “causalidad médica” al momento de realizar la pericia, como ya señalé, suele ofrecer grandes dificultades y es necesario discriminar la participación con distintas concausas.

Muchas veces la dificultad radica en el insuficiente conocimiento médico de la patogenia de muchas enfermedades. En efecto, aún cuando, gracias a los progresos científicos, las enfermedades son mejor conocidas no siempre están aclarados todos los elementos que llevan a su aparición y a las diferentes evoluciones. Frecuentemente se manejan hipótesis sin validez definitiva.

Entiendo que la base del juicio médico-legal sobre la causalidad será fundamentalmente un criterio final fisiopatológico. De acuerdo con este criterio los datos de la historia clínica y del examen pericial en el caso objeto de la pericia, se comparan y contrastan con descripciones y estadísticas de cuadros patológicos del tipo del alegado en la demanda, tal como aparecen en los casos espontáneos.

De esta comparación surge objetivamente la existencia o ausencia de causalidad entre la acción médica y el daño que se le imputa.

V - La ausencia de justificación

Es decir, para que exista culpa médica que acarree responsabilidad, no puede haber ninguna justificación legítima del daño ocasionado. Por ejemplo, frecuentemente se realizan intervenciones mutilantes pero perfectamente indicadas para salvar la vida del paciente, o terapéuticas médicas con efectos colaterales importantes (citostáticos, radiaciones, etc.) conscientemente asumidos en aras de obtener un beneficio específico y por ende plenamente justificadas; por lo que una eventual reclamación al respecto no prosperará. Son estos “estados de necesidad” una cabal justificación. Existen otros ejemplos de justificación, más jurídicos, como la legítima defensa, la obediencia debida, etc. Que no creo corresponda su tratamiento.

Por último, no puedo dejar de insistir que el ejercicio de la medicina, conlleva siempre una suerte de riesgos, que a medida que se han ido incorporando nuevas tecnologías y mayor sofisticación técnica, dichos riesgos se han incrementado. Se torna entonces cada vez más necesario, siempre que sea posible, mantener al paciente informado respecto de los riesgos que determinadas técnicas diagnósticas, tratamientos quirúrgicos o medicamentosos acarrearán y obtener su consentimiento válido.

Una excepción a esta regla es la situación de emergencia, en la cual debe actuarse sin dilacio-

nes, siendo irrelevante la cuestión del consentimiento, el cual por otra parte no sería válido otorgado en esas condiciones.

A modo de reflexión final deseo señalar la importancia de la información que el médico dé a su paciente, del consentimiento, así como de la confección de una correcta historia clínica y establecimiento de una buena relación con el paciente para la prevención de las demandas por presuntas malas prácticas médicas. Se haría así la profilaxis de las hipótesis de responsabilidad médica. Y no solo destaco la relación médico-paciente o paciente-médico sino que debe ser ampliada a la familia del paciente e incluso al cuidado de la relación entre colegas y demás integrantes del equipo de salud. Es bastante común que el inicio de una demanda tenga origen en una mala relación médico-paciente, pero también en la falta de cuidado de normas elementales de ética del relacionamiento entre colegas, personal de salud y familiares del paciente.

Finalmente, a quienes nos toca o nos puede tocar actuar como peritos: no basta con estar técnicamente capacitado, se debe ser capaz además de reconocer y reprimir impulsos inconscientes de poder, a fin de no asumir un rol que se exceda de las funciones periciales; de control sobre sus semejantes, de juez, tarea difícil la del perito, importante, quizás no bien comprendida por los colegas, que deberían ver en el perito y en el juez una garantía, si actuaron de acuerdo a la *lex artis*, esto es: en consonancia con las obligaciones de un buen técnico.

Bibliografía

- ASOCIACION MEDICA MUNDIAL: Proyecto de Declaración sobre Negligencia y Responsabilidad del Médico. Accidentes sin responsabilidad y solidaridad. 129ª sesión del Consejo, 24-27/mayo/1991 - Francia.
- BERRO, G.: Responsabilidad médica. En: Jornadas sobre Responsabilidad Médica. Sindicato Médico del Uruguay (S.M.U.), Montevideo: SMU, 1988 p. 9-12.
- BERRO, G.: Responsabilidad médica. La pericia medicolegal. En: *Judicatura* 1992, (33):113-22.
- BUERES, A.: Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos. Buenos Aires: El Abaco, 1981.
- BUERES, A.: Responsabilidad Civil del Médico. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, 2v.
- LORENZETTI, R. L.: Responsabilidad Civil de los Médicos. Santa Fe: Rubingal - Culzoni, 1986.
- LUCAS OLIVERA, H. y D'ATTOLE, A. L.: Equivocada sustitución de la prueba pericial por otros medios probatorios. En: *Ciencias Forenses. An. Soc. Uruguaya Ciencias Forenses*. 1995 (2):9-24.
- MOSSET ITURRASPE, J.: Responsabilidad Civil de Médico. Buenos Aires: Astrea, 1979.
- PREZA RESTUCCIA, D.: El problema de la culpa y su proyección en la responsabilidad médico-legal. En: *Ciencias forenses. An. Soc. Uruguaya Ciencias Forenses*. 1995 (2):3-8.
- RIOS BRUNO, G.; BERLANGIERI, C. Mª BERRO, G. TOMMASINO, A. y FERRERES, A.R.: Responsabilidad Medicolegal del Cirujano. (Mesa Redonda). Congreso Latinoamericano de Cirugía, 10º y Congreso Uruguayo de Cirugía, 64º Cir. Uruguay. 1995; 65:6-18.
- ROMEO CASABONA, C. M.: El médico y el derecho penal. Barcelona: Bosch, 1981.
- SZAFIR, D.; VENTURINI, B. Responsabilidad civil de los médicos y de los centros asistenciales. Montevideo: FCU, 1989. 147 p.
- SZAFIR, D.: La responsabilidad por infecciones intrahospitalarias y transmisión de enfermedades por transfusión. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. V 25 (1995), p. 597-612.
- TOMMASINO, A.: Responsabilidad penal del médico (culpa). En: *Rev. del Instituto Uruguayo de Derecho Penal (INUDEP)*, Año 4 (6):65-102, junio/diciembre, 1983.
- VENTURINI, B.: Responsabilidad civil de los médicos. *Judicatura* N° 24 (Dic. 1988).
- VENTURINI, B.: Responsabilidad médica. *Judicatura* N° 25 (jun. 1989).
- YUNGANO, A. C.; LOPEZ BOLADO, J.D.; POGGI, V. L. y BRUNO, A. H.: Responsabilidad profesional de los médicos. Buenos Aires: Universidad 1982.