

<i>Prefacio</i>	1
<i>El papel de la información y comunicación en la prevención de riesgos en la salud</i> José Geraldo de Freitas Drumond	2
<i>Consideraciones jurisprudenciales al tratamiento de la responsabilidad profesional médica en Venezuela</i> Abog Rosalía García León	7
<i>Responsabilidade Profissional e Inovação Tecnológica</i> Luiz Augusto Pereira	13
<i>Vigencia de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y sus implicaciones en la prestación de los servicios públicos de atención médica.</i> José Agustín Pineda Ventura	14
<i>Praxis médica y el delito culposo</i> Felipe Trucco	23
<i>Marco general de las responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse a las instituciones de salud y al personal sanitario y su visión desde la prevención y gestión-de-riesgos jurídicos en el sector de la salud.</i> María Patricia Castaño de Restrepo.	33
<i>Actividades de medios o resultados en derecho médico</i> Jorge Paredes	48
<i>Política de prevención del riesgo de mala praxis</i> Genival Veloso de França	60
<i>Sistema de mediación en salud</i> María Cristina Di Pietro.	64
<i>La conciliación como expresión de justicia</i> Agustín Ramírez Ramírez	67
<i>Secreto profesional médico</i> Fernando Verdú. Ana Castelló	77
<i>Medicina Asertiva</i> Dr. Carlos Tena Tamayo	82



Prefacio

La Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico celebró con gran éxito el V Congreso Iberoamericano de Derecho Médico durante el mes de octubre del 2007 con un calido hospicio de la Universidad Católica en la Ciudad de Córdoba, en la República de Argentina. A lo largo de los tres días que duró el magno evento se tuvo la fortuna de escuchar las disertaciones de especialistas de países hermanos de Iberoamérica.

A manera de testimonio escrito de las disertaciones elaboradas por los conferencistas exclusivamente para el Congreso, en este primer número de la Revista Sideme del año 2008, se presentan, con la debida autorización de los autores, doce de los trabajos expuestos, los cuales abordan diversos tópicos relacionados con el derecho médico, ya sea bajo un tratamiento jurídico, médico, ético o administrativo.

Sendos trabajos son publicados en el orden en que fueron presentados durante el evento.

EL PAPEL DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LA PREVENCIÓN DE RIEGOS EN LA SALUD

José Geraldo de Freitas Drumond¹

RESUMEN

Desde Hipócrates, cuando predominaba el paternalismo griego, las prédicas incluían la información al paciente como un deber ético. En el inicio de los años 70 surge en la Asociación Americana de Hospitales, la Primera Carta de los Derechos del Paciente que, allá de otros, presenta dos mandamientos importantes: Primer, el derecho del paciente a recibir toda la información necesaria –según su capacidad de comprensión- para entender lo que le pasa y, segundo, la autonomía del paciente para la toma decisiones respecto a la intervención médica, aceptando o rechazándola. El paciente tiene derecho tanto a ser informado como a no serlo; es decir, la información es un derecho pero no un deber del paciente. Así es que tener la información es un derecho y no una obligación para el paciente, que puede y tiene el derecho de rechazar la información. Por otro lado, los pacientes se sienten satisfechos cuando están completamente informados a cerca de su condición médica y su terapia, o cuando son compañeros activos en la discusión de las opciones de tratamiento y, aún, cuando comprenden los beneficios de los diferentes abordajes terapéuticos.

ABSTRACT

Since Hippocrates, when the Greek paternalism predominated, the medical speeches have included the patient orientation as a way of being ethical. In the beginning of the seventies, of the last century, in the American Hospitals Association, come up the First Letter of the Patient's Rights which, among others, presents two important commandments: first and foremost the respect to the patients' right to receive all the necessary information - according to their capacity of understanding what is happening to them and, second, the autonomy of the patients to be able to make decisions regarding the medical intervention, accepting or rejecting it. The patient has as much the right to be informed as not to be. That is to say, the information is a right but not a duty of the patients. Therefore, it is up them to decide whether or not to receive the information. On the other hand, patients have demonstrated to be happy when they feel completely knowledgeable on their medical condition and the related therapy. In which case they are active participants in the discussion of the treatment options and they are able to understand the benefits of the different therapeutic approaches.

Keywords: ethics, bioethics of information, risk's prevention in the health.

¹ Presidente de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico-SIDEME y de la Fundación de Apoyo a la Investigación Científica del Estado de Minas Gerais, Brasil-FAPEMIG.

INTRODUCCIÓN HISTORICA

Aún cuando había el predominio del paternalismo griego, las prédicas del Padre de la Medicina occidental incluían la información al paciente como un deber ético. Se puede leer en el "Corpus hippocraticum" que "el enfermo necesita ser previamente informado de la utilización de drogas" y, aún, "se debe dar serenamente las informaciones sobre la enfermedad a los pacientes, evitándose los pronósticos apresurados".

En el mundo, la evolución de los pueblos ha sido acompañada por la generación de derechos y, en particular, desde el siglo XIII, las libertades individuales han sido enfatizadas hasta la más reciente, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la Organización de las Naciones Unidas, en el año 1948.

Sin embargo, la relación médico-paciente se mantuvo prácticamente inmutada desde la Antigüedad griega, con muy pocos cambios, hasta la mitad del siglo veinte. En la época de Hipócrates, la característica predominante era el paternalismo vertical, donde el paciente era sometido a las órdenes del médico y no le cabía otra actitud más que la de obedecer.

Los cambios, de hecho, sólo ocurrieran al final del siglo veinte, con la transformación del paternalismo vertical en la relación horizontal en los principales actores de la atención a la salud: el médico y su paciente. El resultado fue un cambio paradigmático en la actitud clínica que, al final, logró incluir al paciente en el proceso de la toma de decisiones médicas.

Hoy en día documentos internacionales producidos principalmente por la Asociación Médica Mundial, han desarrollado una amplia jurisprudencia ético-legal respecto a los médicos, la defensa de la dignidad humana y los derechos del hombre. Algunos documentos que hablan a cerca de la autonomía del paciente para consentir una intervención médica son la Declaración y el Código de Núremberg, para el consentimiento voluntario del paciente; la Declaración de Helsinki, sobre los principios éticos para las investigaciones en seres humanos; la Declaración de

Venecia, a cerca del paciente terminal; la Declaración de Malta sobre las personas en huelga de hambre; la Declaración de Lisboa, sobre los derechos del Paciente; la Declaración de Principios Éticos de los Médicos del MERCOSUR, de la OPS/OMS; la Declaración de Ottawa, respecto al Derecho del Niño a la Atención Médica y la Declaración de Tel Aviv, a cerca de la Responsabilidad y Normas Éticas en Telemedicina.

En el inicio de los años 70 del siglo XX, la Asociación Americana de Hospitales estableció una docena de determinaciones para las relaciones con el paciente, después de una amplia negociación con las organizaciones no-gubernamentales de defensa del consumidor. Esta "Carta de los Derechos del Paciente" tiene dos mandamientos que remiten al derecho del paciente a recibir toda la información necesaria a su comprensión y toma de decisiones, que son el derecho a disponer de toda información médica sobre su persona y el derecho a disponer de toda la información necesaria para dar su consentimiento informado. Los demás mandamientos son el derecho al cuidado respetuoso, el derecho a rechazar tratamiento; el derecho a la privacidad; el derecho a la confidencialidad; el derecho a la respuesta a sus demandas de atención; el derecho a la información médica sobre atención en otras instituciones; el derecho al rechazo en participar en proyectos de investigación; el derecho a la continuidad de los cuidados; el derecho a examinar y recibir informaciones sobre sus gastos y, finalmente, el derecho a conocer las normas del hospital.

LOS DERECHOS DEL PACIENTE

Hoy tenemos un glosario de los derechos de los pacientes, reunidos en la Declaración de los Derechos del Paciente, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial, en la ciudad de Lisboa, Portugal, en Septiembre/Octubre 1981, enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, en Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, en octubre 2005.

En su parte introductoria habla sobre los cambios de las relaciones sociales en los últimos años y, en ellos, los cambios producidos en la relación

médico-paciente. La Declaración de Lisboa apoya la necesidad de garantizar los principios de la autonomía y la justicia con el paciente. Pero, principalmente, garantiza algunos de los derechos principales del paciente que los médicos y otras personas u organismos que proporcionan atención médica, tienen la responsabilidad conjunta de reconocer y respetar.

Respecto a estos principios, hay que destacar el que determina "La seguridad de la calidad siempre debe ser parte de la atención médica y los médicos, en especial, aceptar la responsabilidad de ser los guardianes de la calidad de los servicios médicos".

En su redacción la declaración preconiza que "El paciente tiene derecho a recibir información sobre su persona registrada en su historial médico y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive los aspectos médicos de su condición. Sin embargo, la información confidencial contenida en el historial del paciente sobre una tercera persona, no debe ser entregada a éste sin el consentimiento de dicha persona.

a. Excepcionalmente, se puede retener información frente al paciente cuando haya una buena razón para creer que dicha información representaría un serio peligro para su vida o su salud.

b. La información se debe entregar de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pueda entenderla.

C. El paciente tiene el derecho a no ser informado por su solicitud expresa, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona.

D. El paciente tiene el derecho de elegir quién, si lo hay, debe ser informado en su lugar".

En la fecha de 19 de octubre de 2005, la UNESCO otorga la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, que trata de la autonomía y responsabilidad individual, así como el consentimiento que, en su artículo seis establece que "Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo tras previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada.

Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno".

El inusitado de la Declaración de la UNESCO es el artículo veinte, que dice respecto a la evaluación y gestión de riesgos en salud: "Artículo 20 – Evaluación y gestión de riesgos: Se deberían promover una evaluación y una gestión apropiadas de los riesgos relacionados con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas".

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El paciente tiene derecho a ser informado tanto como a no serlo. Es decir, acceder a la información es un derecho pero no un deber del paciente. Por lo tanto el paciente tiene el derecho a rechazar la información. En este caso, los profesionales de salud deben preguntarle cuales son los familiares o amigos que puedan servir de canal de información.

Por supuesto, también existe el derecho del paciente de no ser informado; así el médico puede dejar de informar al paciente el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos y los objetivos del tratamiento, cuando la comunicación pueda provocarle daños. Es el llamado privilegio terapéutico. En este caso, la comunicación debe ser hecha al responsable legal.

En general y en todos los países las principales quejas contra médicos dicen respeto a la deficiente información del médico, al abuso de la tecnología médica, a la insuficiente actualización del médico y la ausencia de adecuación del sistema de salud a las necesidades de la población (Gomes, Drumond y França, 2002).

El más grande número de quejas contra médicos se debe a las deficiencias en la relación médico-paciente por fallos en la comunicación. Los médicos en general no fueron educados para escuchar y oír las quejas del paciente y muchas veces ni saben hablar con ellos. Parece paradójico para una profesión que exige formación predominantemente humanista, que el médico no se encuentra preparado para comunicarse con el paciente y, por lo tanto, necesita

adiestramiento respecto de las estrategias específicas de comunicación más eficaces.

Beckman (1994) describe cuatro tipos de problemas de comunicación que determinan el litigio por error médico y que constituyen más de 70% de las declaraciones de los pacientes: abandonar el paciente, no valorar sus opiniones, dar informaciones de modo no adecuado y no atender las expectativas del paciente.

Para Hickson (1994) los pacientes demuestran estar satisfechos cuando se sienten completamente informados sobre su condición clínica y su respectiva terapia; cuando participan activamente de la discusión de las opciones de tratamiento y cuando comprenden los beneficios de los diferentes abordajes terapéuticos.

De ahí se puede concluir que ofrecer una Medicina de alta calidad técnica no es suficiente para la eficacia del procedimiento médico. Es necesario más. Es esencial que se ofrezca, conjuntamente, una atención humanista y humanizada, para que el paciente pueda participar en la toma de decisión sobre su propio destino. Prestar una atención humanista y de alta calidad necesita, además, de una mejor forma de comunicarse eficientemente. De este modo, por otra parte, se hace la profilaxis contra la denuncia profesional (Drumond, 2000).

Tamayo (2003), afirma que más del 80% de los problemas que se tienen en la relación médico-paciente son de comunicación, resultando muy importante no olvidarse que la consulta médica es un proceso de comunicación.

En los Estados Unidos se ha desarrollado la llamada Medicina Defensiva con distorsión en la relación médico-paciente, cambiada para una relación de prestación de servicios al consumidor, por desgracia cada vez más beligerante. Las consecuencias, previsibles son el alto costo de la atención a la salud debido a un elevado número de exámenes innecesarios y el aumento de las primas de seguro para determinadas especialidades como ginecología y obstetricia, cirugía y traumatología, entre otras tantas. Esto ha hecho que el médico ya cambie de especialidad, de ubicación (ciudad, estado y país) o

abandone la profesión. La Medicina Defensiva pasó, entonces, a preocuparse con escuchar al paciente, mantener su confianza, obtener su consentimiento informado, suministrar instrucciones de los registros y, también - muy importante - documentar cuando el paciente es negligente. Se trata pues de descubrir uno el defecto del otro, descubrir uno los errores del otro, para no responsabilizarse o para responsabilizar al otro.

LA TECNOLOGÍA MÉDICA

La tecnología es uno de los factores importantes que ha cambiado la relación médico-paciente; de ahí Bernard (1994) afirma que "la Medicina ha cambiado más en los últimos 50 años que en los cinco siglos precedentes".

Esta invasión cibernética de la Medicina ha contribuido a su despersonalización, haciendo que la máquina acceda al lugar del hombre y todo se haga a través de ella.

Ya no causa más espanto tantas y sofisticadas técnicas que miden el organismo humano penetrando sondas y "microchips" en el cuerpo, propiciando la idea que todo se puede y todo se hace con la técnica médica. De ahí que la sociedad exija que la Medicina y el médico tengan por obligación solucionarle al paciente sus problemas de salud, no aceptando cualquier falta o error de diagnóstico, principalmente de tratamiento.

Surgen la telemedicina y la medicina robótica en los procedimientos de salud, para alcanzar sitios lejos o para monitorear los pacientes de una gran clínica, o hacer cirugías remotas.

Parece no haber más lugar para la medicina de nuestros padres o abuelos - la llamada Medicina de Familia - donde el médico tenía su arsenal tecnológico en sus habilidades y su compromiso de solidaridad.

En tanto, las poblaciones mantienen hasta hoy respeto muy grande con el médico en particular y prácticamente reconocen la más importante de sus calidades su conciencia profesional y su dedicación al paciente, casi en la misma proporción de la certeza en el diagnóstico y, en menor proporción, sus conocimientos científicos, como bien demuestra una

encuesta realizada por el Instituto Francés de Opinión Pública, según Moreira Filho (2005).

Tamayo y colaboradores (2007) postulan una nueva actitud clínica, llamándola de medicina asertiva y demuestran, de modo enfático, la relación entre una mala comunicación médico-paciente y las consecuencias maléficas para el paciente, el médico, la sociedad y toda la categoría profesional.

Al contrario, una buena comunicación médico-paciente evita el daño, refuerza la confianza del paciente en el profesional, repercute positivamente en la sociedad, mejora la confianza en la medicina y en los médicos y, por último, evita la dañina medicina defensiva.

Los cinco pilares de esta nueva actitud médica para caracterizar el buen médico son el profesionalismo, la vocación, la comunicación, el respeto y la prudencia.

El nuevo paradigma de la práctica médica - la llamada Medicina Asertiva - tendría, de acuerdo con Tamayo y colaboradores (2007), como cánones el apego a la "lex artis" "ad hoc", el apego al marco deontológico, la buena comunicación, la información suficiente, oportuna, clara y veraz, la obtención del consentimiento válidamente informado y, finalmente, la prevención del error latente.

No obstante esta propuesta, recomendamos a los profesionales médicos cumplir los deberes de conducta ética, que son: el deber de información (al paciente, sobre las condiciones de trabajo, registro en la historia clínica y comunicación a otros profesionales necesarios a la intervención en el caso); el deber de vigilancia (el deber más exigido pela sociedad cuanto a la prestación inmediata de la atención en las emergencias o en las guardias); el deber de actualización (que es ineludible en los días actuales para que el médico siga con el dominio de su arte) y, al fin y al cabo, el deber de abstención de abuso, que es no obligar nadie a hacer el que la ley no obliga o someterlo a alguno constreñimiento (Gomes, Drumond y França, 2002).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKMAN, H. B. et al. The doctor-patient relationship and malpractice: lessons from plaintiff depositions. *Arch Inter Med* 154: 1395,1994.

BERNARD, Jean. Da biologia à ética. São Paulo: Editorial Psy II, 1994.

DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Obtenido en http://www.bioeticanet.info/documentos/DecUBio_DHesp06.pdf, noviembre 2007.

DECLARACIÓN DE LISBOA DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL SOBRE LOS DERECHOS DEL PACIENTE. Obtenido en <http://www.wma.net/s/index.htm>, noviembre 2007.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. As bases da relação médico-paciente. *Relação médico-paciente: profilaxia da denúncia contra o profissional*. 2. ed. Belo Horizonte: Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais, p. 21-22, 2000.

GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

HICKSON, G.B., Clayton, E.W., Entman, S.S., Miller, C.S., Githens, P.B., Whetten-Goldstein, K., Sloan, F.A. Obstetricians' prior malpractice experience and patients' satisfaction with care. *Journal of the American Medical Association*, 272, 1583-87, 1994.

MOREIRA FILHO, A.A.: *Relação Médico-Paciente: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Coopemed, 2005.

TAMAYO, Carlos Tena. La comunicación humana y la relación médico-paciente. *Memoria del Simposio La Comunicación como Reto Actual y Futuro del Profesional de la Salud*. Clínicas del Hospital General de México, O.D., México: Editorial Piensa S.A., 2003.

TAMAYO, Carlos Tena; OROZCO, Francisco Hernández. *La Comunicación Humana en la Relación Médico-Paciente*. 2. ed. Médico, D.F.: Editorial Prado, 2007.

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES AL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA EN VENEZUELA

Abog Rosalía García León

A partir de las dos sentencias que están al final de esta ponencia, hemos orientado el tratamiento de la responsabilidad profesional del medico desde el punto de vista civil y penal en el Derecho Venezolano.

Cabe preguntarse cual es el estado actual de la jurisprudencia venezolana relativa a este tema. El por que es importante? Vemos con gran preocupación las crecientes demandas civiles y las denuncias ante la Fiscalía del Ministerio Publico sobre las actuaciones médicas dentro del ámbito de la prestación de servicios de la salud , que llevan a producir un gran cambio en el concepto de aceptación incondicional del acto medico fuese positivo o no el resultado del mismo; se aleja la figura del bonus pater familia representada en el medico y da paso a una relación horizontal de igualdad de deberes y derechos para ambos, pero lo que creíamos se orientaría a la búsqueda de la excelencia profesional con la colaboración y trabajo del paciente, no es así, tendemos cada día a alejarnos del camino, acariciando resultados terribles que disocian totalmente la “ Relación Medico-Paciente “.-

El extender civilmente la responsabilidad al centro asistencial hace que desaparezca esa gran indiferencia corroborada en aquel dicho, yo me encargo de la parte de hoteleria, nada que ver con la prestación de los servicios médicos. NADA MÁS LEJOS DE LA VERDAD. Viene ahora la parte mas álgida, de que medicina estamos entonces hablando ¿? Magistralmente los ponentes revisan altas y bajas de un acto medico y el entorno al cual influencia. La obligación de reparar el daño causado por un hecho ilícito, dentro del cual, obviamente, quedan incluidos los hechos delictivos, deriva de los Artículos 1185 y 1196 del Código Civil, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 1185.- El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

"Artículo 1196.- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral

causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión

corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima".

Ahora bien, existen tres clases de culpa en sentido amplio: a) La contractual, que implica una relación jurídica o contrato preexistente entre el autor del hecho culposo y el sujeto pasivo de dicho hacer; b) La extracontractual, que no nace del deber recíproco que el contrato impone a las partes, dada la ausencia de éste, sino del respeto que a cada ciudadano debe merecer el derecho ajeno, que nos obliga a no dañarlo, con ocasión del ejercicio de nuestros propios actos; y, c) La nacida de delito, declarada y sancionada previamente por un Tribunal penal y que origina una responsabilidad civil subsidiaria de la penal.

Según el maestro ARMINIO BORJAS, por acción, desde el punto de vista del derecho civil y del

procesal, ha de entenderse, "no sólo el derecho que nos asiste para pedir o reclamar alguna cosa, sino también el ejercicio de ese derecho conforme al modo establecido por la ley para pedir y obtener en justicia el reconocimiento y la efectividad de él .

En este orden de ideas, tenemos que la acción penal, como bien lo señala el nombrado autor patrio, es el derecho de perseguir o solicitar la imposición del castigo legal a todo delincuente ; y la misma, por mandato expreso del Artículo 24 del Código Orgánico Procesal Penal "deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento ", correspondiéndole a ésta última el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos que la ley establece como de instancia privada (Art. 25 COPP).

Por su parte, la acción civil derivada o proveniente del delito, es aquella que se otorga al

perjudicado de un delito, esto es, a la víctima , para exigir las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que impone la ley penal.

De manera que la comisión de todo delito produce dos acciones: la penal, para el castigo del delincuente y satisfacción de la vindicta pública; y, la civil, para reclamar el interés y resarcimiento de los daños causados

Conforme al Artículo 119 del COPP, se considera víctima: "1. La persona directamente ofendida por el delito; 2. El cónyuge o la persona con quien haga vida marital por menos de dos años, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y al heredero, era los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o la muerte del ofendido; y en todo caso, cuando el deliro sea cometido en perjuicio de un incapaz o de un menor de edad. 3. Los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; 4. Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito".

La responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos asistenciales es simplemente un

capítulo más de la Responsabilidad Civil general. Posee sus características propias, pero que se enmarcan dentro del régimen general del Derecho de Daños. En otras palabras, la responsabilidad civil médica no justifica un régimen especial de responsabilidad, más allá de sus características comunes referidas a temas tales como la naturaleza de las obligaciones asumidas por los profesionales del arte de curar, la prueba de la culpa médica, la naturaleza contractual o extracontractual de esta responsabilidad, etc.

Responsabilidad civil

La responsabilidad civil se concreta en la indemnización de los daños y perjuicios a la que quedan sujetos los que fueren causa de aquéllos por haber incurrido en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, o por haber contravenido de cualquier modo al tenor de aquélla.

En la responsabilidad civil pueden diferenciarse tres tipos, según su origen:

- a) La responsabilidad contractual
- b) La responsabilidad extracontractual
- c) La responsabilidad de origen delictivo

Elementos constitutivos de la responsabilidad médica

1. Obligación preexistente: Elemento funda mental de la responsabilidad médica
2. Falta médica: Es la torpeza, la imprudencia
3. Perjuicio ocasionado: Ocasionados por el médico
4. Relación de Causalidad: implica una relación de causalidad falta cometida y el perjuicio ocasionado.

El error médico es considerado el acto generado por comisión u omisión, con consecuencias potencialmente serias para el paciente. La actividad médica es de por sí iatrogénica. Es cierto que los errores en este ámbito se observan con otra dimensión respecto de las demás profesiones, pero debemos recordar que acá está en juego la salud y la vida de las personas.

Los factores potenciales de riesgo no están referidos sólo al acto médico. Fallas en la infraestructura en donde éstos se desempeñan, métodos de limpieza, conducta y selección del personal, la esterilización del material utilizado, etc. son algunos de los

ejemplos que pueden originar eventos adversos, objeto de posibles reclamos judiciales. El deber de seguridad funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia sanitaria y comprende el deber de vigilancia y de garantizar la integridad física del individuo.

Como se ve en la práctica del ejercicio médico, muchos son los factores de riesgo

que llevan al mal resultado. Podemos clasificarlos como *factores no asistenciales* y *factores asistenciales*.

Entre los factores no asistenciales vamos a destacar:

1. *El sistema de salud*. La primer cosa que llama nuestra atención en el ejercicio de

la medicina es lo destorcido y desorganizado que es el sistema de salud pública. La llamada socialización de la medicina con la expansión de los servicios de salud y la creación de las instituciones prestadoras de la asistencia médica, colocó entre el médico y el paciente ciertos conflictos, los cuales, casi siempre, cuentan con complejas implicaciones de orden ética y legal. Por otro lado, las políticas sociales y de salud no se realizaron como instrumento de redistribución de la renta y de atenuación de las desigualdades sociales. No se atiende al principio de la universalización y de la equidad, y pasan lejos de la discusión y de la participación democrática de los sectores organizados de la sociedad. El modelo de desarrollo económico y social impuesto durante las cuatro últimas décadas se mostró excesivamente concentrador, propiciando niveles de vida y de salud que no corresponden a las necesidades de la población. Esto tubo un reflejo muy negativo en la organización y en la estructuración de los servicios prestadores de asistencia médica. Y es en este ambiente de penuria y de precariedades que el médico ejerce sus actividades.

2. *La falta de compromiso del médico*. Hay motivos políticos y sociales que

comienzan a exigir de los médicos posiciones más coherentes con la realidad que se vive.

Un modelo capaz de revelar el mejor papel que esa postura desempeñe en el complejo

proyecto de derechos y deberes, y que pueda apuntar, con justicia y acierto, el camino ideal en la realización del acto médico y en las exigencias del

bien común. Por eso el médico no puede quedar indiferente, pues el ejercicio de la medicina es un acto político en favor de la salud individual y colectiva y, también en la tentativa de busca de la ciudadanía. El propio Código de Ética del médico debe estar dirigido para eso, si no, qué ética es esta que no ve tales necesidades, principalmente cuando ellas alcanzan los más desfavorecidos y los más necesitados, tantas veces desheredados de la suerte? Por lo tanto, es deber del médico luchar organizadamente en favor de las mejores condiciones de atención y no considerar la enfermedad como un resultado de la fatalidad. No basta modificar la relación entre el hombre y la naturaleza, sino, también, mudar las relaciones sociales.

3. *La no-participación de la sociedad*. Esta, por su vez, también debe comprender

que la cuestión de la mejoría de las condiciones de salud y de los niveles de vida no debe concentrarse apenas en las manos de los médicos. Es preciso que la sociedad se manifieste siempre que sea necesario, haciendo ver su inconformismo y su revuelta contra la disparidad reinante entre las condiciones de salud de la colectividad y las disponibilidades cada vez más crecientes ciencia y de la tecnología. Debe entender aún que la lucha contra el mal resultado en la asistencia médica pasa por propuestas y encaminamientos de las políticas sociales públicas y que ese resultado tan indeseado no tiene como causa única la mala praxis de los médicos. Por eso cuando vemos los movimientos de organización y de movilización de los segmentos sociales contra la "mala praxis" no podemos quedar ajenos a eso, desde que tal encaminamiento tenga como propuesta la prevención de resultados indeseables y no el simple deseo de venganza patrocinado por parientes de las víctimas de resultados atípicos. El ideal sería que esos grupos se aliasen a los médicos y a todos aquellos que se interesan por la lucha en favor de la buena asistencia médica, pues ahí se concentra ciertamente la base para una política de prevención de riesgos de malos resultados.

4. *La no-revisión del aparato formador*. Ningún analista de esta cuestión deja de

señalar el nivel de la enseñanza médica brasileña como uno de los causadores de la sufrible formación profesional por la mayoría de las

escuelas médicas y, consecuentemente, factor preponderante en la eclosión del mal resultado. Además de las pésimas condiciones de enseñanza y aprendizaje, de los bajos salarios de los profesores, de la falta de una estrategia para un perfil del médico que se necesita y de la falta de recursos para la investigación y la extensión, no existe una revisión sobre esa calidad de enseñanza, sino tan solamente las decisiones precipitadas e irresponsables de creación de nuevas escuelas médicas. Además de esto, las maniobras astutas de empobrecimiento de las escuelas con el propósito de colocarlas en el paquete de las privatizaciones inconsecuentes, lo que, por lo menos, sugiere complicidad.

5. *La falta de enseñanza continuada.* Entre nosotros no es exagerado afirmar que

para ejercer la profesión médica no basta una habilitación legal, representada por un título y su registro en el Colegio Médico respectivo.. Es necesaria la continuada habilitación profesional constituida de un permanente aprendizaje. La verdad es que no existe entre nosotros ninguna norma o ninguna exigencia obligando al médico a actualizarse siempre. Es también rarísima la institución pública o privada que se dedique o que presente con un proyecto dedicado a la enseñanza continuada, dando oportunidad de reciclaje médico o estimulando al profesional en la perspectiva de acompañar razonablemente los pasos de su ciencia.

6. *La precaria fiscalización del ejercicio profesional.* Aunque los Consejos de Medicina tengan como objetivos primeros las tareas pedagógicas y doctrinarias, no se puede omitir como papel significativo la fiscalización del ejercicio de la medicina, como forma de ajustar al profesional a los dictámenes consagrados en su Código de Ética, "cabiéndole cuidar y trabajar por todos los medios a su alcance, por el perfecto desempeño ético de la medicina y por el prestigio y buen concepto de la profesión y de los que la ejerzan legalmente". Los Consejos no pueden quedar apenas en las interminables reuniones donde son discutidos asuntos de menor interés o de destinarse tan solamente a la expedición de libretas. Deben partir para una ofensiva más positiva, al ejemplo de algunas Regionales que están yendo a los establecimientos de salud para verificar la calidad de la asistencia.

En lo tocante a los *factores asistenciales* podemos señalar:

1. *El desgaste de la relación médico-paciente.* No es sólo por el hecho de parar la

demanda judicial por mala praxis, pero todos saben que una buena relación entre el médico y su paciente es una forma de mejor entrelazamiento, de mejor percepción de los problemas del asistido y una manera de estimular el interés y la dedicación profesional. Una relación médico-paciente amistosa deja al asistente e al asistido en condiciones de ejercer tranquilamente sus papeles. Infelizmente, por razones de las más variadas, esta relación, aunque no de manera generalizada, viene transformándose en una tragedia, o por lo menos, en un encuentro desconfortable. Lamentablemente, la deterioración de la relación médicopaciente se presenta como el motivo más fuerte del aumento de acciones de responsabilidad profesional. Hay que encontrar un camino para invertir esta situación y hacer con que esta relación vuelva a ser la cualidad que colocó a la medicina en un lugar de respeto y consideración.

2. *La falta de condiciones de trabajo.* Nadie desconoce también que muchos de

estos malos resultados tengan como origen las pésimas y precarias condiciones de trabajo, en una atención a la salud cada vez más decadente y anárquica como proyecto, mismo que tengamos un número razonable de médicos con relación a nuestra población. Los servicios públicos, con honrosas excepciones, están desmantelados por una política dirigida por la propia estrategia de poder, como forma deliberada de desmoralizarlos y entregarlos a la iniciativa privada, a ejemplo de lo que se está haciendo precipitadamente como política de privatización. La verdad es que los profesionales de la salud sienten en su día a día, cada vez más, dificultades para ejercer sus actividades, frente a las indigentes condiciones de trabajo. En este escenario perverso, es fácil entender lo que está aconteciendo en los locales de trabajo médico, donde se multiplican los daños a las víctimas, y donde lo más fácil es culpar a los médicos como primeros responsables.

3. *El abuso de poder.* Es necesario, también, saber si el profesional actuó con la cautela debida y, por lo tanto, descaracterizada de precipitación, de

importunismo o de insensatez. una de las formas más comunes de desvío de poder es la práctica médica realizada por profesionales que no están capacitados para realizar determinada especialidad médica. Otra forma condenable y por eso agravante en una evaluación por supuesta mala praxis es el procedimiento desnecesario.

4. *La falsa garantía de resultado.* Mismo que el médico deba ser optimista cuando

participa junto al paciente, él no debe garantizar ciertos resultados, principalmente si este procedimiento es complejo y de riesgo, como en la cirugía estrictamente estética. Lo que se recomienda es el uso adecuado de los medios y conductas que favorezcan al paciente y una palabra de estímulo que no signifique promesa, pues en determinados instantes esta garantía de resultado siempre favorable significa una violación al deber de informar debida y correctamente.

5. *La falta del consentimiento esclarecido.* Con el avance cada día más elocuente de

los derechos humanos, el acto médico, como regla, sólo alcanza su verdadera dimensión y su incontrastable destino cuando se tiene el consentimiento del paciente o de sus

responsables legales. Así, *grosso modo*, todo procedimiento profesional necesita de una

autorización previa. Además, se exige no sólo el consentimiento puro y simple, sino el o

consentimiento informado. Se entiende como tal, el consentimiento obtenido de un

individuo civilmente capaz y apto para entender y considerar razonablemente una propuesta o una conducta, exenta de coacción, influencia o inducción. No puede ser obtenido a través de una simple firma o de una lectura apurada en textos minúsculos de formularios a camino de la sala de operaciones. Al contrario, por medio de lenguaje accesible a su nivel de convencimiento y comprensión (*principio de la información adecuada*). Mismo que el consentimiento informado sea un instrumento de defensa ante una alegación de mala praxis, el mismo tiene como sentido mayor la dignificación de la persona. El consentimiento no es un acto irrevocable y permanente (*principios de la revocabilidad y de la temporalidad*). Por otro lado, debe

quedar bien claro que el hecho de tener un consentimiento informado, esto, por sí sólo, no exenta al médico cuando existen otras faltas en el cumplimiento de los deberes de conducta.

6. *El llenado inadecuado de las historias.* Uno de los elementos más valorizados

cuando se hace la evaluación de un caso de mala praxis, es la historia del paciente. En este documento deben estar de forma legible no apenas la anamnesis, sino todo el conjunto de documentos padronzados, ordenados y concisos, referente al registro de los cuidados médicos prestados y a los documentos juntados. Consta del examen clínico, sus fichas de evolución y de prescripción terapéutica, los informes de enfermería, los informes de la anestesia y de la cirugía, la ficha de registro de resultados de exámenes complementarios y, mismo hasta copias de certificados y solicitudes de exámenes. Constituye la historia un verdadero dossier que tanto sirve para análisis de la evolución de la enfermedad, como para fines estadísticos que alimentan la memoria del servicio y como defensa del profesional, caso sea responsabilizado por algún resultado atípico e indeseado. Por lo que vimos, su inexistencia o su llenado incompleto puede transformarse en un factor negativo en los procedimientos de prueba. Creemos que la historia es la mejor arma cuando se realiza una evaluación judicial.

7. *La precaria documentación de los procedimientos.* Todo proyecto de gerenciamiento o administración del riesgo de mala praxis debe contar con orientación adecuada de la documentación de los procedimientos realizados. No es demás decir que en nuestro sistema de proceso es siempre muy importante la prueba documental. Como las acciones judiciales son muy morosas, y como demandantes tienen un plazo hasta cierto

punto largo, para pleitear la acción, es importante que todos los documentos referentes a la asistencia discutida sean guardados.

8. *El abandono del paciente.* La regla es que el médico no puede abandonar su paciente, a no ser en situaciones muy especiales, donde puede hasta renunciar al tratamiento, desde que eso sea llevado al conocimiento de su asistido o de sus familiares, y que no haya perjuicio con esa separación.

Por otro lado, es muy natural que en una relación profesional, no existiendo más la confianza del paciente, o cuando él no atiende las recomendaciones y las prescripciones médicas, lleguen a un acuerdo, a través del cual el médico sea dispensado de su asistencia.

Responsabilidade Profissional e Inovação Tecnológica

**Luiz Augusto Pereira*

V Congresso Ibero-americano de Direito Médico

O impacto da Inovação Tecnológica na sociedade do presente permite afirmar que “olhar o futuro assemelha-se a uma viagem oceânica em frágeis caravelas”. O progresso intelectual (científico e tecnológico) tem avançado mais rapidamente que o progresso moral (ético) e estamos em face da quase certeza de que nada do que puder ser realizado cientificamente - seja por curiosidade, seja por conhecimento - deixará de ser feito.

A Medicina, que para William Osler é “uma ciência de incerteza e uma arte de probabilidade”, tem sofrido com o uso acrítico da tecnologia que, ao descaracterizá-la como arte, influencia negativamente no relacionamento médico-paciente.

Neste contexto a responsabilidade profissional que de forma simples pode ser entendida como o dever do profissional de responder pelos atos praticados e os respectivos efeitos, é considerada, cada vez mais, não sob o enfoque da culpa profissional, mas do risco. Essa tendência à substituição da culpa pelo risco contribui para o surgimento de um verdadeiro exército de profissionais indefesos. A busca do equilíbrio entre o uso dos avanços tecnológicos sem que haja reflexos negativos no exercício profissional e uma exagerada responsabilização pelos eventos adversos, está no centro das preocupações de muitos profissionais. As novas tecnologias não diminuíram os riscos de danos, e o seu uso, sempre que excessivo, aumenta os riscos e os custos, praticamente insustentáveis. A tecnologia tem papel cada vez mais dominante nas áreas do conhecimento, como, por exemplo, na Medicina, ciência que, segundo Jean Bernard, mudou mais nos últimos 50 anos do que havia mudado nos cinco séculos precedentes.

No Brasil e em muitos países o setor saúde tem regras jurídicas inadequadas à medicina científica contemporânea, o que leva gradativamente ao aparecimento de um fenômeno de difícil controle, a chamada judicialização da

saúde. Essa judicialização, quando de alta intensidade, promove a transferência para o judiciário da incapacidade do agente público de solucionar suas demandas pelos mecanismos habituais. Nessa situação os juízes atuam como verdadeiros centros de regulação de políticas públicas de saúde e acabam gerando conflitos, especialmente para os gestores, hospitais e profissionais. O enfrentamento desta questão é responsabilidade de todos nós e passa pela melhoria dos sistemas de saúde, sistemas que necessitam ser mais focados no valor dos pacientes.

Aspectos relevantes devem ser submetidos à reflexão bioética. Por exemplo: o insuficiente financiamento do setor saúde, competência científica versus competência humanista, conhecimento versus sabedoria, tecnologia versus confiança, técnica versus ética.

O ensinamento de Francis Bacon de que “a tecnologia é uma oportunidade e não uma obrigação” precisa estar mais presente e balizar a responsabilidade moral diante das Inovações Tecnológicas. Inovações que são ingredientes indispensáveis para um sucesso sustentado da maioria das atividades humanas ao produzirem mudanças essenciais para a sobrevivência. Inovar é questão de sobrevivência e constitui uma alternativa sem limite para a solução dos principais problemas da sociedade. O exercício profissional, ao sofrer paralelamente grande influência das Inovações Tecnológicas e de legislações inadequadas, torna mais visível a incapacidade do direito para resolver adequadamente os problemas de assistência à saúde da população. É a responsabilidade moral, e não a jurídica, que pode propiciar as soluções das principais dificuldades que enfrentamos na atualidade.

* Médico e Advogado

Presidente da Associação Brasileira de Direito Médico e da Saúde – ADIMES
luizaugustopereira@gmail.com

Vigencia de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y sus implicaciones en la prestación de los servicios públicos de atención médica.⁺

José Agustín Pineda Ventura

Abogado. Vicepresidente de la Academia Mexicana de Resolución Alternativa de Conflictos, A.C.

Sumario: 1. Introducción, 2. Nociones preliminares, 3. Responsabilidad civil, 4. tendencias prevalentes en la materia, 5. Caso especial: IMSS e ISSSTE, 6. A manera de conclusión

1. Introducción. El Estado, por conducto del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo la satisfacción de las grandes necesidades públicas, para ello organiza la prestación de los denominados *servicios públicos*, algunos de ellos proporcionados en forma directa, otros mediante la constitución de organismos públicos con personalidad diversa regidos por sus propios ordenamientos de creación y demás disposiciones reglamentarias de orden público, y algunos otros más que, si bien son vigilados por el ente estatal, son prestados directamente por particulares y quedan sujetos a un régimen mixto según leyes de orden público y otras disposiciones más de derecho privado.

En la prestación de los servicios brindados por aquél directamente ¿es válido no asumir de forma plena la responsabilidad que pudiera derivar de daños y perjuicios causados a los usuarios de los servicios con motivo de su ejecución? ¿es congruente con un verdadero Estado de Derecho el que el ente público sólo asuma responsabilidad subsidiaria, parcial y limitada? ¿es justo que quien sufre un daño cuando recibe un servicio público deba agotar toda una gama de procedimientos jurisdiccionales previo a enderezar sus pretensiones en contra del garante de su prestación? ¿en que ocasiones corresponderá al servidor público sufrir las consecuencias de su conducta?. Estas son sólo algunas preguntas que es importante contestar para comprender la situación que priva en el orden jurídico mexicano, pues el tema de la Responsabilidad Objetiva del Estado, esto es, responsabilidad civil extracontractual, continúa

presente en los debates y disertaciones suscitados en diversos foros académicos, pues con la reforma constitucional publicada el 14 de junio del 2002 en el Diario Oficial de la Federación mediante el cual se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 Constitucional y la Ley Reglamentaria publicada el 31 de diciembre de 2004, un año después de la entrada en vigor de dicha reforma, es necesario evaluar su impacto en la prestación de los servicios de atención médica en instituciones públicas de salud del ámbito federal.ⁱ

2. Nociones preliminares. El Estado tiene a su cargo la satisfacción de grandes necesidades públicas, para ello se responsabiliza a la Administración Pública de la prestación de diversos servicios, entre esos, los médicos y los hospitalarios, para cuya consecución efectúa diversas actividades por medio de sus órganos y bajo formas y condiciones definidas. Dichos órganos se auxilian de personas físicas con el objetivo de expresar su voluntad, las cuales asumen la calidad de servidores públicos: funcionarios, empleados y trabajadores, quienes aportan su diaria actividad intelectual o física para atender los propósitos del Estado.

Así, las personas físicas que realizan una serie de actos en nombre y representación del Estado, por disposición legal, se denominan *servidores públicos*, en razón de la naturaleza pública del ente al cual prestan servicios. El fundamento para imponerles un conjunto de responsabilidades en las diversas leyes y normas reguladoras de la actuación pública es la

representación conferida por el Estado en su carácter de mandante. Por esa razón, se afirma que las consecuencias previstas por sus actos y omisiones en el ejercicio de su encargo deben ser siempre la mejor garantía del cumplimiento de sus deberes, y todo propósito tendiente a exigir dicha responsabilidad es asunto de vital importancia para la nación.ⁱⁱ

Por tales razones, y con la finalidad de regular su actuación, se crearon diversos regímenes jurídicos especializados normalizadores, dentro de los cuales destaca la *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos*. De este modo, acorde a lo dispuesto en el Título Cuarto del texto constitucional, el Estado puede derivar la responsabilidad en la prestación de los servicios públicos a su cargo hacia las personas físicas encargadas de brindarlos, para ello reglamentó cuatro tipos de responsabilidades: civil, penal, administrativa y política. Derivado de estas prevenciones se sustenta la crítica de que el Estado no asume su responsabilidad –la asumen sus servidores y trabajadores– y, por tanto, en términos constitucionales, es irresponsable, aunque la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado disponga lo contrario, pues recuérdese que en ella se habla de la posibilidad de repetir contra el servidor público.

Tratándose de los servicios públicos de atención médica, los mismos pueden prestarse por el Estado en forma directa, un ejemplo son aquellos a cargo de la propia Secretaría de Salud o de sus similares en las entidades federativas; los ofrecidos por los particulares mediante las autorizaciones sanitarias respectivas (artículo 63 de la *Ley General de Salud*), y otros más brindados por organismos públicos descentralizados creados por Ley del Congreso de la Unión o por Decreto del Ejecutivo (con personalidad jurídica y patrimonio propios diversos de los del Estado). Dentro de estos últimos destacan los Institutos Nacionales de Cancerología, Cardiología, Ciencias Médicas y Nutrición “Salvador Zubirán”, Enfermedades Respiratorias, Neurología y Neurocirugía “Manuel Velasco Suárez”, Pediatría, Perinatología y Psiquiatría “Ramón de la Fuente Muñiz”, Salud Pública, los Hospitales Infantil de México “Federico Gómez” y General “Dr. Manuel Gea González”, Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) e Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

Sin embargo, sólo la legislación que rige a estos dos últimos institutos prevé la posibilidad de que asuman de manera directa y con sus propios recursos presupuestales la responsabilidad civil generada por la actuación de su personal médico, técnico y auxiliar, cubriendo las indemnizaciones y los daños y perjuicios que sus conductas negligentes o imperitas hayan ocasionado a los pacientes.

Acorde con lo anterior, la reforma constitucional y su consiguiente Ley Reglamentaria “comprende solamente la responsabilidad derivada de actividad administrativa irregular y no a una responsabilidad amplia. En consecuencia la irregularidad es condición y causa de responsabilidad, es la irregularidad de la actividad lo que origina la inexistencia jurídica del deber de soportar el daño”.

Por todo ello, en materia de prestación de servicios de atención médica, la reforma constitucional no aporta una clarificación respecto de la reparación del daño por parte del Estado, por el contrario genera incertidumbre que únicamente con las alternativas litigiosas tendrá que aclararse en la búsqueda de opciones claras de indemnización.

3. *Responsabilidad civil.*- Para contar con una noción precisa del tema que nos ocupa, puede señalarse que la responsabilidad significa deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, el daño ocasionado a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, así como la capacidad existente en todo sujeto de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.ⁱⁱⁱ

La responsabilidad civil consistente en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra por los daños y perjuicios que le ha causado,^{iv} puede expresarse en diferentes tipos, como son la responsabilidad extracontractual, contractual, objetiva y subjetiva, de las cuales examinaremos primero la responsabilidad contractual y la extracontractual.

El *Código Civil Federal* vigente se ocupa separadamente de estas dos especies de responsabilidad: de la extracontractual, en el título denominado “Fuentes de las obligaciones” y de la contractual, en el título que tiene por rubro “Efectos de las obligaciones”, al tratar del incumplimiento de éstas.

La responsabilidad contractual y extracontractual provienen de los llamados hechos jurídicos. Hay hechos que no producen efectos de derecho, por

ejemplo, leer un libro. Otros los producen, pues el derecho los toma en consideración para atribuirles consecuencias jurídicas. Los efectos de derecho pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones o derechos. Los hechos que producen estos efectos jurídicos se llaman hechos jurídicos, en el sentido general de esta expresión.^v

Los hechos jurídicos (en sentido general) se dividen en dos categorías: actos jurídicos y hechos jurídicos (en sentido especial).

El acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad. Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales. Los actos jurídicos bilaterales se llaman convenios, que cuando crean una obligación o la transmiten, toman el nombre especial de contratos.^{vi} El incumplimiento de estos contratos trae como consecuencia la responsabilidad contractual, misma que se analizará más adelante.

Asimismo, los hechos jurídicos en sentido especial pueden ser hechos voluntarios o involuntarios:^{vii}

1. Los hechos voluntarios son los producidos por la actividad del hombre, en los que los efectos de derecho se producen independientemente de la intención de sus autores. Estos hechos a su vez se subdividen en hechos lícitos e ilícitos. Son hechos lícitos, por ejemplo, la gestión de negocios, en la que el gestor tiene la obligación, aun sin quererlo, de seguir la gestión que ha empezado y pueden considerarse hechos ilícitos, los delitos y los cuasi delitos. El que comete un delito intencional tiene la intención de causar un daño, pero no de resarcirlo y, sin embargo, por el hecho de cometer el delito nace a su cargo la obligación de indemnizar. El que comete un delito de forma imprudencial, es decir, un cuasi delito hace que nazca en su contra una obligación de indemnizar el daño que cause, y este resultado es extraño a su voluntad.
2. Los hechos involuntarios son los independientes de la voluntad del hombre, como son los acontecimientos naturales o accidentales, por ejemplo: un accidente del que es víctima un obrero, que engendra una obligación a cargo del

patrón de indemnizar a aquél por el perjuicio que sufre.

El acto jurídico y el hecho jurídico tienen por función poner en movimiento, en contra o en provecho de una o de varias personas, una regla de derecho o una institución jurídica. Solamente que mientras el autor del acto jurídico tiende directamente y de una manera reflexiva a este resultado, el autor del hecho jurídico lo sufre.^{viii}

Los hechos jurídicos, que son casos de responsabilidad extracontractual son, a saber: el enriquecimiento ilegítimo, comprendiéndose en éste el pago de lo indebido; la gestión de negocios, los hechos ilícitos y el riesgo creado, producen la obligación de indemnizar daños y perjuicios,^{ix} ya que puede producirse un daño ajeno a toda vinculación convencional, por culpa o dolo que no configuren infracción penalmente sancionable.^x

El artículo 1910 del *Código Civil Federal* dispone que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se causó por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Se entiende por hecho ilícito (obrar ilícitamente) la conducta violatoria del deber jurídico de no causar daño a nadie, existiendo responsabilidad extracontractual ya que la conducta del responsable es indebida por haber violado directamente el deber impuesto por el ordenamiento. La conducta es ilícita, y si con ella se ha causado un daño, el responsable está obligado a repararlo y a indemnizar de los perjuicios a quien los resiente.^{xi}

La diferencia principal consiste en que en los casos de responsabilidad extracontractual un hecho jurídico produce esa responsabilidad, sin que antes de ese hecho haya un acreedor y un deudor; mientras que en el caso de responsabilidad contractual hay una obligación preexistente que se convierte en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.^{xii}

Por otra parte, la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones por virtud de la cual aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, *aun cuando haya procedido lícitamente*. Este principio existe en el artículo 1913 del *Código Civil Federal*,^{xiii} y encierra una fuente de obligaciones distinta de la responsabilidad por culpa o dolo. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones

es el *uso lícito de cosas peligrosas*, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas.^{xiv}

Los elementos que podemos precisar en ella, son los siguientes:^{xv}

- 1.- El uso de cosas peligrosas;
- 2.- La existencia de un daño;
- 3.- La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Tomando en cuenta que exclusivamente se parte de esta relación causal entre el hecho, o sea el uso de cosas peligrosas, y el daño producido, se le ha llamado teoría de la responsabilidad objetiva, para distinguirla de la responsabilidad subjetiva, en la cual se parte de un elemento estrictamente personal, o sea, la negligencia, la culpa o el dolo.

A la teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de teoría de la responsabilidad por el riesgo creado, porque reviste la modalidad de que el daño se origine por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas que han hecho nacer un riesgo para los demás. Conforme a esta teoría toda actividad que crea un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de que se investigue si hubo o no culpa de su parte.

Dentro del término “cosas peligrosas” se comprenden los mecanismos, aparatos o sustancias que por su naturaleza puedan crear un riesgo para la colectividad. La peligrosidad debe apreciarse tomando en cuenta la *naturaleza funcional de la cosa*; es decir, no la cosa independientemente por su función, sino la cosa funcionando, por ejemplo, un automóvil es cosa peligrosa cuando funciona, cuando está en marcha desarrollando determinada velocidad.

No obstante, el artículo 1913 del *Código Civil Federal* distingue diferentes tipos de cosas peligrosas: por sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por la corriente eléctrica que conduzcan, por su naturaleza explosiva o inflamable o por otra causa semejante.

En cuanto a la indemnización por daños causados a las personas, en la segunda parte del artículo 1915 del código en comento,^{xvi} se comprende la reparación del daño patrimonial causado a las personas, tanto cuando haya hecho ilícito, como en el caso de la responsabilidad objetiva y es aquí donde se toman como base las cuotas de la *Ley Federal del Trabajo*, con

la modalidad de que se fija un máximo al sueldo de la víctima.

4. *Tendencias prevalecientes en la materia.* A propósito de la responsabilidad del Estado derivada de conductas de sus servidores públicos cabe señalar las siguientes notas distintivas:

Existen diversas corrientes en el ámbito mundial que regulan el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado, algunas de ellas probadas por más de treinta años, caso de España, en las cuales aquél asume responsabilidad objetiva por los daños y perjuicios ocasionados en su actuación. De esta forma, se responsabiliza –de manera directa– frente a los particulares que hayan sufrido daños por conductas (activas u omisivas) negligentes o imperitas de sus servidores, derivadas de la prestación del servicio público, por ser el responsable de proveer los mismos, y no como una cobertura ante actuaciones dolosas o culposas de aquellos, en particular, porque en ocasiones no es posible identificar a los autores materiales de tales irregularidades. Este es el sistema imperante en los países más desarrollados, los cuales han abandonado el sistema de Responsabilidad Subsidiaria para adherirse al denominado *Responsabilidad Directa*.^{xvii}

Actualmente, en el caso de México, en términos del artículo 113 constitucional, “la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa.”

Antes de la reforma constitucional, siempre que los servidores públicos obraban con imprudencia o impericia, como acontece en aquellas responsabilidades derivadas de actos ilícitos culposos (habitualmente en el caso del acto médico), el Estado sólo respondía de manera subsidiaria; es decir, se exigía previamente entablar demanda en contra del servidor público, y una vez que éste era condenado, y sólo en el caso de que sus recursos no fueran suficientes para cubrir el monto de las prestaciones reclamadas, la diferencia la cubriría el Estado, previa la declaración judicial de insolvencia del servidor.

Esta última era la doctrina jurídica prevaleciente en México, la cual orientaba la responsabilidad en la prestación del servicio público hacia la persona quien lo brindó, no hacia el Estado, el cual llegaba a asumirla sólo por excepción, de forma complementaria e indirecta, cuando el responsable directo no tenía

bienes o los que tenía no son suficientes para responder por los daños y perjuicios causados.

La tendencia que orientaba la responsabilidad del Estado derivada por daños sufridos en la prestación de los servicios públicos a su cargo, en México, era la más restrictiva de todas, donde sólo se respondía plenamente, como se señaló, cuando el prestador del servicio (servidor público) había incurrido en delito y el mismo era doloso. Así, en aquellos países donde impera un verdadero Estado de Derecho asume de forma directa los daños que provoca la actividad de la Administración Pública, dado que es una actividad propia del ente estatal, el cual debe brindar los servicios públicos, no los particulares. En otros más, se sostiene que el Estado sólo debe asumir la responsabilidad cuando se trata de daños ocasionados en el ámbito del derecho público; es decir, cuando presta servicios de forma directa (toda vez que algunos son prestados por particulares).

Sin embargo, aun bajo la segunda de las posturas señaladas –parcialmente restrictiva– el Estado mexicano ahora asume la responsabilidad directa cuando presta servicios sanitarios y hospitalarios –tema que nos ocupa–, toda vez que por disposición legal los mismos se sujetan al ámbito público (derecho administrativo) y no al derecho privado. Y es que acorde con la legislación y la doctrina vigentes, el Estado consideró tales servicios –también denominados “servicios públicos meramente administrativos”– de derecho público, dada su importancia. Por ello, los sometió a un régimen especial en forma expresa.^{xviii}

De este modo, la propia legislación (laboral, administrativa y penal, entre otras) resuelve si el personal que los presta es funcionario o servidor público; si los mismos ejercen el poder público; si los actos se someten a los tribunales federales mediante procedimientos especiales, y si quedan sujetos a la jerarquía o a la tutela administrativa –caso en el cual también se denominan *servicios de gestión pública*–.^{xix} En consecuencia, no es factible ajustar las responsabilidades ocasionadas por su prestación al ámbito civilista, como en la práctica ocurre en nuestro sistema jurídico.

Así, el artículo 925 de la *Ley Federal del Trabajo* establece:

“Para los efectos de este Capítulo (XX Procedimiento de Huelga) se entiende por servicios públicos... los sanitarios, los de hospitales...”.

En concordancia, la *Ley General de Salud* regula las bases y modalidades para el acceso a los servicios relacionados con la salud y la concurrencia de los diversos niveles de gobierno en materia de salubridad general. Su artículo 34 clasifica los servicios de salud, atendiendo a sus prestadores, en servicios públicos a la población general y servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social, o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios; además de otros más prestados en el ámbito privado. Acorde al artículo 37, se rigen por lo establecido en las disposiciones legales que norman la organización y funcionamiento de las instituciones así como por las contenidas en la propia ley de salud, ambas de orden público. En tanto, el artículo 38 prevé que los servicios de salud privados prestados por personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios se sujetarán a los ordenamientos legales, civiles y mercantiles, de interés privado.

Como lógica inferencia de lo analizado se desprende la diversa naturaleza de los servicios de salud prestados por el Estado, por sí o por organismos descentralizados, y aquellos otros brindados por particulares, los que sí quedan sujetos a normas de derecho privado, y no como indebidamente se pretende hasta ahora, que el Estado siga eludiendo asumir su responsabilidad apoyado en argucias legales y en un sistema civilista que no le es aplicable, abandonados hace tiempo en países avanzados.

Ahora que la propia Constitución establece la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por actos ocurridos en los sectores públicos centralizados, descentralizados o desconcentrados, dentro de los tres niveles de gobierno, ya fuere por dolo o culpa^{xx}, ya no es prescindible orientar tal responsabilidad contra las personas –servidores públicos– prestadoras del servicio público (la *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, en su artículo 4, establece prevenciones para que el gasto público comprenda erogaciones por concepto de responsabilidad patrimonial que realicen los diversos poderes y organismos descentralizados).

Lo anterior además se sustenta en lo establecido en el Título Cuarto de la Constitución Federal de la República, el cual incorpora los lineamientos generales para sancionar a quienes incurran en conductas u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. De este modo, según el texto fundamental y la interpretación de la Suprema Corte de Justicia (tesis LIX/96), el sistema de responsabilidades mexicano se conforma por cuatro vertientes:

- a) La responsabilidad política para ciertos servidores públicos de alto rango por la comisión de actos u omisiones perjudiciales de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho;
- b) La responsabilidad penal para los servidores públicos que delincan con motivo del ejercicio de su encargo;
- c) La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales al ente estatal, y
- d) La responsabilidad administrativa para quienes falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública.

Derivado de estas prevenciones, pese a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, su artículo 115 establece:

Artículo 115.- Los servidores públicos y las personas físicas o morales que causen daño o perjuicio estimable en dinero a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de cualquier ente autónomo o entidad, incluyendo en su caso, los beneficios obtenidos indebidamente por actos u omisiones que les sean imputables, o por incumplimiento de obligaciones derivadas de esta Ley, serán responsables del pago de la indemnización correspondiente, en los términos de las disposiciones generales aplicables.

Las responsabilidades se fincarán en primer término a quienes directamente hayan ejecutado los actos o incurran en las omisiones que las originaron y, subsidiariamente, a los que por la naturaleza de sus funciones, hayan omitido la revisión o

autorizado tales actos por causas que impliquen dolo, culpa o negligencia por parte de los mismos.

Serán responsables solidarios con los servidores públicos respectivos, las personas físicas o morales privadas en los casos en que hayan participado y originen una responsabilidad.

Acorde a este sistema de responsabilidades, situación contraria a lo estipulado en la reforma constitucional, cuando la actuación de los servidores públicos genera daños a los particulares, aun y cuando ocurran con motivo del desarrollo de un servicio público, dichos daños deben regirse bajo normas de derecho privado y sujetarse a los procedimientos establecidos en ese ámbito, bajo cuyas reglas el particular afectado podrá realizar la reclamación. Así, en el ámbito del Derecho Civil, el afectado debe demandar previamente al servidor que le ocasionó el daño o perjuicio y obtener una sentencia condenatoria previa en su contra –según se señaló– y sólo si se acredita la insolvencia de aquél, también mediante resolución judicial, podrá justificar su derecho para obrar en contra del Estado, ya no en términos del artículo 1927 del *Código Civil Federal* el cual, desde mi punto de vista, fue erróneamente derogado.^{xxi}

En tanto, la materia penal, también bajo este esquema, establece la responsabilidad de los profesionales, técnicos y sus auxiliares por la comisión de ilícitos en el ejercicio de su profesión, ciencia o técnica, y para ello regula su obligación de reparar de manera directa el daño causado por actos propios y por los de sus auxiliares (artículo 228 del *Código Penal Federal*).

5. *El caso especial del IMSS y del ISSSTE.* Estas instituciones fueron creadas como organismos públicos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propio acorde a sus propias leyes de creación, mismas que rigen su organización y funcionamiento, y por tanto no dependen directamente del Poder Ejecutivo Federal.

Por ello, en el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el artículo 296 de la *Ley del Seguro Social* establece la posibilidad de los particulares (asegurado, derechohabientes, pensionados o sus beneficiarios) de interponer queja administrativa con la finalidad de conocer sus insatisfacciones por actos u omisiones del personal institucional vinculadas con la prestación de los servicios médicos, mismas que serán resueltas por

el Consejo Técnico, los consejos consultivos delegacionales y regionales, los que determinarán su procedencia.

Bajo este esquema de atención, para el IMSS se entiende por Responsabilidad Objetiva a la deficiencia en la atención médica brindada, ocasionada por falta de equipo, medicamentos, insumos, tecnología, personal, o de plenitud de certeza en el diagnóstico o tratamiento, riesgo inherente a factores externos en la aplicación de una ciencia como la medicina, por lo que no habrá negligencia médica. (Convenio de Colaboración celebrado entre el Instituto y la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, actualmente Secretaría de la Función Pública, el 26 de abril del 2002).

No obstante, el artículo 4 del *Reglamento para el Trámite y Resolución de Quejas*, del 30 de junio de 1997, establece que la substanciación del procedimiento de Queja Administrativa comprenderá la etapa de integración, investigación, resolución y, en su caso, pago de reintegro de gastos médicos, pago de responsabilidad civil e indemnizaciones y, en general, todos los actos necesarios para atender, aclarar y resolver dichas quejas, lo cual no acontece tratándose de órganos dependientes de cualesquiera de los poderes federales.

Se establecen como encargadas las áreas de orientación y atención al derechohabiente, y, en los artículos 6 y 7, se previenen como sus atribuciones "cumplimentar las resoluciones que recaigan a las quejas derivadas del reintegro de gastos médicos y de reparación del daño por responsabilidad civil". Es decir, bajo este esquema de atención, la propia Institución asume, conjuntamente con su personal, la responsabilidad derivada de sus actuaciones, en los términos y bajo las restricciones que en el propio Reglamento se señalan. Lo anterior es factible dado que está creada por ley del Congreso de la Unión, como se asentó, con personalidad diversa de la del Estado, aunque su actuación no excluye la facultad de derivar, posteriormente, tal responsabilidad en contra del trabajador, quien podrá ser sancionado por el propio Instituto, acorde a lo dispuesto en el artículo 303 de la *Ley del Seguro Social* y 6 del *Reglamento de Servicios Médicos*.

Por otra parte, para el ISSSTE la Responsabilidad Objetiva es considerada como *las circunstancias de hecho que pudieron haber ocasionado daños a la salud de los*

derechohabientes, por la atención médica recibida en las Unidades Médicas del Instituto (artículo 3º, fracción VIII del Reglamento de quejas Médicas).

En su Ley se establece en su artículo 192 que "Los servidores del Instituto estarán sujetos a las responsabilidades civiles, administrativas y penales en que pudieran incurrir, de acuerdo a las disposiciones legales aplicables."

En tanto el artículo 194 menciona que "Cuando se finque una responsabilidad pecuniaria a cargo de un trabajador... a favor del Instituto con motivo de la imposición de las sanciones establecidas en este capítulo... (se) hará, a petición del Instituto, los descuentos correspondientes hasta por el importe de su responsabilidad (hasta un 30% del sueldo)..."

A partir del análisis de los textos consultados para elaborar el presente trabajo, se tiene la posibilidad de plantear algunas hipótesis, que tal vez auxilien a la mejor comprensión del tema de la responsabilidad del Estado en eventos derivados del acto médico.

6.A manera de conclusión. Vista la disonancia entre actividad administrativa irregular y responsabilidad objetiva presentada en la reforma constitucional resulta impreciso establecer con el rigor necesario la relación causa efecto entre la actuación de los prestadores de servicios médicos y los daños efectivamente causados, por lo que se propone contar con una opción de simple cobertura general para este tipo de riesgos o crear zonas de inmunidad. En estudios formulados en otros países se advierten las probables consecuencias económicas que la primera de las prácticas puede representar para las finanzas públicas y patrimonio de los organismos de salud y seguridad social si asumen directamente la responsabilidad de su personal médico; sin embargo, así opera la experiencia en diversos países y en México IMSS e ISSSTE, y no tenemos conocimiento, hasta esta fecha, que derivado de dicho tratamiento haya quebrado su patrimonio o sus finanzas. En tanto, la segunda opción culpa hace necesario generar estándares de actuación y rendimientos normalmente exigibles en esta rama de los servicios de salud, a fin de evaluar en un momento dado qué se puede esperar como buen funcionamiento de los servicios médicos, para sólo cubrir responsabilidades por aquellas prácticas que excedan un funcionamiento estándar.

La tendencia doctrinaria actual que justifica la reparación del daño derivado de la prestación de

servicios médicos argumenta lo irrelevante de establecer si el mismo fue causado al particular por la prestación del servicio derivado de una conducta ilícita, y si éste fue doloso o culposo, por impericia o negligencia, toda vez que tal calificación carece de importancia para efectos de la responsabilidad objetiva, donde lo que cuenta es el daño causado al particular, quien no tiene por qué soportarlo. Al efecto, se plantean dos opciones para el pago:

1. Si de la valoración de las autoridades administrativas o jurisdiccionales se identificaron datos indubitables de que la conducta del prestador del servicio público fue ilegal, irregular, anormal o deficiente el monto del resarcimiento se pague sobre bases de reparación integral; es decir, indemnización, perjuicios y daños morales.
2. Si la actuación del servicio público o de la institución fue lícita, normal, regular, e incluso eficiente, pero a pesar de ello se causaron los hechos que se reclaman, el resarcimiento será más limitado excluyendo el pago de los perjuicios.^{xxii}

Cabe comentar que las propuestas no son del todo originales, a la fecha, en Suecia funciona un sistema de aseguramiento del paciente (Seguro Sueco del Paciente, 1º de enero de 1975), por el cual las instituciones prestadoras de servicios médicos compensan a aquél por daños sufridos durante o con motivo de la prestación de servicios, independientemente de la responsabilidad de los profesionales a cargo de los mismos. La finalidad del Seguro de Responsabilidad es contar con la suficiente cobertura económica, financiera y jurídica que permita practicar una medicina eficiente y garantizar una indemnización apropiada al paciente que sufra daños o lesiones, sin que para ello se requiera iniciar un procedimiento judicial (el requisito previo de probar el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado se ha liberalizado).^{xxiii}

En Suecia, el seguro cubre daños:

- Reales de carácter físico derivados de un tratamiento médico;
- Graves producidos como consecuencia del tratamiento de una enfermedad básica o común;
- Derivados de un diagnóstico incorrecto;

- Producidos por infecciones, y
- Derivados de accidentes.

Cabe señalar que la Secretaría de Salud Federal adquirió un seguro de protección exclusiva para los prestadores de servicios de atención médica en lo individual (incluidos los de organismos descentralizados), y ha insistido en la necesidad de que apoyen y recurran a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) para desactivar conflictos entre su personal y sus pacientes los cuales, posteriormente, al no ser atendidos oportunamente pueden derivar en problemas mayores para la Institución, algunos de serias repercusiones económicas. La tarea que le debe ocupar es la adquisición de un seguro por responsabilidad institucional.

Para finalizar, en lo que respecta a la CONAMED al atender las quejas contra instituciones públicas de naturaleza federal, tendrá que analizar en lo sucesivo, cuatro interrogantes que, desde un punto de vista muy personal, deberían dar pie al establecimiento de políticas internas que permitan atender las disposiciones de esta Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado:

1. ¿Qué se entiende por actividad administrativa irregular del Estado en la prestación de los servicios públicos de atención médica?
2. Alcance de lo dispuesto por el artículo 9o de esta Ley que establece que el Código Civil Federal es de naturaleza supletoria. Tomando en cuenta que el arbitraje médico es de naturaleza civil ¿podrán los entes federales excepcionarse de aceptar el juicio arbitral o por el contrario, siendo el arbitraje una institución fundada en la voluntad de las partes, basta que tanto usuario del servicio como prestador suscriban compromiso arbitral para que proceda esta vía?
3. Toda vez que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial derogó el artículo 1927 del Código Civil Federal que establecía la responsabilidad del Estado, ¿puede el árbitro administrativo (CONAMED) condenar civilmente a una institución pública por el hecho ilícito y la responsabilidad solidaria, o solamente lo hará respecto de la persona física?
4. Si fuera el caso que el árbitro sólo condena por daño físico y no se pronuncia por el daño moral,

¿puede la institución prestadora del servicio excepcionarse ante una demanda de reparación de daño moral ante los tribunales civiles, argumentando que la ley especial al respecto es la Responsabilidad Patrimonial, aún cuando la resolución arbitral por daño físico se haya fundado en las disposiciones civiles?

⁺ Texto de la presentación como ponente en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Médico, organizado por la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico. Córdoba, Argentina, 18 de octubre de 2007.

ⁱ Mención al margen, el tema que nos ocupa y su actual regulación han sido inspirados en la doctrina y el derecho español, pero con una carencia de reflexión por parte nuestros legisladores sobre las implicaciones de la redacción establecida, lo cual ha generado que existan contradicciones dogmáticas pues no existen elementos para la debida aplicación de sus principios.

ⁱⁱ González Bustamante, Juan José, *Delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946, pp.77.

ⁱⁱⁱ *Diccionario de la Lengua Española*. Décimo novena edición. Editorial Real Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1976, pp. 1265.

^{iv} Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 456.

^v Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa, México, 1998, pp.84

^{vi} Idem. pp. 85.

^{vii} Idem. pp. 86.

^{viii} Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 88.

^{ix} Idem. pp. 456

^x Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, 22ª edición. Argentina, pp. 878.

^{xi} Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1997, pp. 2826.

^{xii} Idem. pp. 457

^{xiii} Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

^{xiv} Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III. Editorial Porrúa. México, 1994. pp. 274-275.

^{xv} Idem. pp. 275-282.

^{xvi} Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación

anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en el Distrito Federal y se extenderá al número de días que, para cada una de las incapacidades mencionadas, señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

^{xvii} Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, p. 397 y ss.

^{xviii} Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1996, pp. 116 y ss.

^{xix} Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo, Servicios públicos*, México, Porrúa, UNAM, 1995, pp. 175.

^{xx} Reyes Vera, Ramón, "La responsabilidad del Estado y de los servidores públicos", en *Revista Lex*, tercera época, año 1, No. 4, septiembre de 1995, pp. 46 y ss. Esta referencia se sustenta seguramente en que el texto constitucional sólo se previene la responsabilidad de sus agentes (los servidores públicos) en su Título Cuarto.

^{xxi} Nota: no se encontró ninguna tesis en la cual el Estado fuese demandado por responsabilidad solidaria.

^{xxii} Castro, op. cit. pp. 408.

^{xxiii} Palou Bretones, Antonio, *Seguro del paciente: propuesta metodológica de implantación en España* (1), en *Actualidad del Derecho Sanitario*, No. 43, octubre 1998.

PRAXIS MÉDICA Y EL DELITO CULPOSO

Felipe Trucco

Sumario: 1. Introducción. Presentación del problema, 2.- Aproximación a una respuesta al problema planteado. La Teoría de la Imputación Objetiva, 2.I Antecedentes. Evolución, 2.II construcción teórica desde la perspectiva sistemática funcional, 2.II.A La propuesta de Roxin, 2.II.B La teoría de Jakobs, 2.III Las Críticas, 2.IV Apreciaciones personales, Bibliografía

1.- Introducción. Presentación del problema.

La protección penal de los bienes jurídicos se dirige a neutralizar, además de los ataques de los comportamientos dolosos, también las agresiones *culposas*, o sea, provenientes de un comportamiento descuidado del autor.

La ley penal argentina refiere al concepto de culpa cuando, por ejemplo.....en los arts. 84 y 94 del Código penal habla de “imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo”. Todos estos supuestos definen diversas maneras de inobservancia de un deber de cuidado.

El comportamiento típico consiste en realizar una acción contraria al cuidado debido. El tipo penal está constituido por la realización de una acción que infringe el deber de cuidado exigido.

El problema dogmático consiste, justamente, en que los alcances objetivos del deber de cuidado (genéricamente considerado) deben ser investigados acudiendo a un campo de valoraciones que no está a la vista, que no surge del texto de la norma.

El precepto legal amenaza con pena a quien cause un resultado lesivo o muerte por culpa, y para determinar en qué consiste la culpa hay que acudir a conceptos provenientes de territorios distintos al del texto legal.

Así, resultará necesario determinar si la intervención médica se efectuó conforme a las reglas del arte médico; estas reglas –en algunos casos– están escritas (protocolos) y establecen como se deben ejecutar ciertos actos; pero la mayoría de ellas no constan en ningún texto normativo (de seguimiento obligatorio) sino que están establecidas por la experiencia y la práctica, son aceptadas y reconocidas en forma general y señalan cómo se debe actuar en diversas situaciones. En este sentido, se debe acudir a la opinión técnica de los peritos médicos, quienes tienen el rol de emitir un juicio de valor acerca de la correspondencia de la de la conducta médica concreta con la *lex artis*.

Es en este punto, a la hora de valorar la acción médica, **donde confluyen** el derecho penal y la ciencia médica; y en este ámbito de confluencia advierto un déficit, que dejo planteado como problema: **la falta de unidad conceptual, la ausencia de un lenguaje común** por parte de estas dos disciplinas (el derecho y la medicina).

La elaboración de un lenguaje común permitirá contar con juicios de valor comunicables lingüísticamente, que tiendan a evitar el acaso y la arbitrariedad a la hora de valorar la acción médica concreta a los fines de determinar si la misma tiene relevancia penal.

En este orden de ideas, considero que la **Teoría de la imputación objetiva** ofrece un

desarrollo dogmático y conceptual que puede ser utilizada por los agentes del proceso penal (jueces, abogados defensores, querellantes, y peritos médicos) en el punto en que confluyen el derecho y la medicina, en el desempeño de los roles que le son propio a la hora de valorar y juzgar la conducta médica.

2.- Aproximación a una respuesta al problema planteado.

La Teoría de la Imputación Objetiva

La teoría de la imputación objetiva constituye una concepción que, brindando criterios de delimitación normativa destinados a establecer que resultados son atribuibles al autor como penalmente relevantes, permite precisar los alcances del tipo (objetivo) penal y, de ese modo, identificar que conductas son penalmente típicas. Significa un nuevo paso en el desarrollo de la dogmática penal.

Las pautas normativas que se introducen como criterio de imputación son establecidas en virtud de decisiones político-criminales que, lógicamente, no pueden concebirse arbitrariamente sino con relación a una estructura social y, sobre todo, a una cultura dada respaldada en un poder.

La teoría en análisis no se presenta como una alternativa a la causalidad sino que, a partir de la existencia de ésta (causalidad) como presupuesto material (en el sentido físico-natural), define el tipo (objetivo) estableciéndole límites en función de criterios normativos.

Según Roxin es función de la imputación al tipo objetivo *“indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica, o sea, por ejemplo, de una causación de muerte una acción homicida relevante”*ⁱ.

En este sentido, según lo expresa Mir Puig, *“la imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica”*ⁱⁱ.

Conforme a la nueva concepción (teoría de la imputación objetiva) el criterio de imputación (y existencia de la acción típica) no depende de la finalidad del autor (como lo conciben los finalistas),

sino que para aquella teoría la esencia del delito reside en la creación y realización (en el resultado) de un riesgo no permitido.

I.- Antecedentes. Evolución:

Con relación al desarrollo de la *doctrina de la imputación objetiva*, Bernd Schünemannⁱⁱⁱ señala que el nacimiento de la misma tuvo lugar en 1970, año en el que Roxin en el libro homenaje a Honing dio el paso decisivo al reunir en un concepto abarcador los enfoques de Honing, Engisch y Welzel que, precisamente, trataban - respectivamente y en forma aislada - los criterios de la posibilidad objetiva de perseguir una finalidad, de la realización del riesgo y de la adecuación social, que en su momento quedaron sin éxito.

En el desarrollo descripto por Schünemann los orígenes de la imputación se pueden remontar a la teoría de la imputación del filósofo del Derecho natural Samuel Pufendorf, pese a que como precursora de la actual teoría de la imputación objetiva figura la filosofía idealista del Derecho de Hegel. En este sentido, Hegel al señalar que *sólo puede llamarse imputación a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío*^{iv} formuló un principio fundamental sobre el cual se asienta la teoría de la imputación objetiva. Según Schünemann, el objetivo del concepto de acción desarrollado por la escuela hegeliana del siglo XIX era imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquello que pueda ser considerado como su obra.

Como consecuencia del predominio alcanzado por el naturalismo penal (aproximadamente alrededor de las tres últimas décadas del mismo siglo) aquel enfoque pasó a un segundo plano, imponiéndose el dogma del principio causal (positivista). El análisis - que soslayó los conceptos valorativos - se centró en el concepto de causalidad, verificable empíricamente, como modificación del mundo exterior mediante una conducta corporal, en el sentido de la fórmula de la *condicio-sine-quantum* propia de la *teoría de la equivalencia*. El alcance ilimitado de este concepto casual fue corregido mediante una serie de teorías de la causalidad que hoy se conocen como *teorías individualizadoras*.

Con la aparición del *neokantismo* (aproximadamente en el año 1900) se reconoció que el concepto causal ilimitado de la teoría de la equivalencia debía ser restringido ya en el estadio del tipo objetivo, formulándose como solución al problema la *teoría de la adecuación* elaborada por von Kries (1889). Esta teoría filtró ya en el ámbito del *tipo* todos los cursos causales improbables (aventurados, extraordinarios); como dice *Schünemann*^v, esta teoría *excluyó la casualidad del concepto de causación penalmente relevante*.

Posteriormente, en 1930, *Honing* publicó un artículo inspirado en la revisión de la teoría de la imputación de *Hegel* concebida poco antes por *Larenz* (1927). Este último autor, en el ámbito del derecho civil, intenta desvincular la adecuación de la causalidad: “En vez de causalidad adecuada el derecho debe exigir causalidad objetivamente imputable”^{vi}.

Honing propuso la misma posición para el derecho penal. En el artículo publicado en 1930 aludió a la “*perseguibilidad objetiva de una finalidad*” para eliminar cursos causales guiados por la casualidad: Imputable sería sólo aquel resultado que puede ser considerado como que ha ocurrido sirviendo a fines^{vii}. Como ejemplo *Honing* utilizó el caso en el que alguien envía a su sobrino, a quien quiere heredar, a un monte poblado de altos árboles en medio de una tormenta, con la esperanza que muera alcanzado por un rayo^{viii}. En el esquema de *Honing* se negaba la imputación en supuestos de cursos causales inadecuados, ya que para este autor la imputación depende de la existencia de la *posibilidad objetiva de fijarse un fin*^{ix}.

En 1931 *Engisch* “*diferenciaba sistemáticamente de un modo claro... entre la causalidad en el sentido de la teoría de las condiciones, la adecuación en el sentido de la previsibilidad y la realización del peligro como un presupuesto adicional*”^x. Sostiene que *Engisch* partió de la base de la teoría de la adecuación y la consideró imprescindible para restringir la falta de límites de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Pero no se conformaba sólo con la previsibilidad general del resultado por infracción del deber de cuidado sino que exigió también la “*adecuación en relación con el modo especial del curso causal*”. Además del referido caso de la tormenta propuso como ejemplo la causación de una lesión peligrosa para la vida, que luego produce la

muerte del lesionado; en el caso, la muerte no sería producida como consecuencia de la propia peligrosidad de la lesión causada sino a raíz de un error imprevisible en la aplicación de la anestesia durante la atención médica suministrada en el hospital o por un incendio en el hospital. *Engisch* negó el nexo de antijuricidad basándose en que no se había realizado el peligro que mostraba como prohibida la conducta peligrosa para la vida.

Con la formulación de *Mezger* (*teoría de la relevancia*) se separa la *causalidad* y su *relevancia típica* como problema normativo. Para este autor, la teoría de la adecuación no se presentaba como una teoría de la causalidad sino como criterio de valoración respecto de su relevancia típica. Según *Roxin*^{xi}, que la teoría de la adecuación no es una teoría de la casualidad sino de la imputación, es un dato que ya había reconocido tempranamente *Mezger*. En palabras de *Mezger*: “*En consecuencia, la teoría de la condición sigue siendo también en derecho penal la única teoría causal posible; en cambio, la teoría de la adecuación es una teoría de la responsabilidad o, dicho de modo más general, una teoría de la relevancia jurídica*”^{xii}.

En el año 1939 *Welzel* consideró, como una de sus tesis, que en el caso de la tormenta no era posible atribuir una responsabilidad penal en razón que la conducta del sobrino que convence a su tío de dar un paseo en medio de una tormenta con el propósito de matarlo, sería *adecuada socialmente* y, por ello, no realizaría el tipo objetivo del homicidio o lesiones. En su trabajo “*Estudios sobre el sistema del Derecho penal*” (1939), *Welzel* resolvía el caso así: “*Este ejemplo no tiene nada que ver ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social*”^{xiii}

Sin embargo, posteriormente, *Welzel* absolutizó la teoría final de la acción apartándose del criterio de la *adecuación social* para la solución del caso de la tormenta, y sostuvo que – en el ejemplo propuesto – no hay responsabilidad penal porque no hay dolo, ya que no hay manejo de la causalidad; al no haber manejo de la causalidad, más allá del deseo, no hay acción final de matar. De cualquier manera, y no obstante ello, conforme lo señala

Zaffaroni, “Welzel afirmó siempre que el tipo objetivo es el núcleo del objeto real de todo delito”^{xiv}. Sin embargo, el fundador de la teoría final de la acción atendió prioritariamente a la finalidad, soslayando las consideraciones del aspecto objetivo del tipo.

Señala Schünemann que esta sistemática, basada en la teoría final de la acción, fue adoptada en los años '50 y '60 convirtiéndose en la opinión dominante, mientras que la categoría ofrecida por Honing (*perseguibilidad objetiva de una finalidad*) y el criterio de Engisch (de la realización del peligro) cayeron en el olvido.

Por esta razón, sostiene Schünemann, discípulo de Roxin, el surgimiento de la *teoría de la imputación objetiva* no tuvo lugar hasta el año 1970, en el que Roxin en el Libro – Homenaje a Honing dio un paso decisivo, al reunir en un concepto abarcador los ya referidos enfoques desarrollados por Honing, Engisch y Welzel.

II.- La construcción teórica desde la perspectiva sistemática funcional. A.- **La propuesta de Roxin.**

Partiendo del frecuentemente utilizado ejemplo según el cual alguien envía a otra persona al bosque cuando comienza una tormenta con la esperanza de que un rayo lo mate, Roxin^{xv} considera que la solución que al caso brinda la dogmática antigua no ofrece una fundamentación convincente, toda vez que la solución correcta no es un problema de dolo sino una cuestión de imputación objetiva.

En efecto, en el caso planteado, según Roxin, el autor quería subjetivamente exactamente aquello que luego se produjo y la planificación y el curso son coincidentes: “Si a pesar de ello no consideramos correcta la punición, ello se debe al carácter objetivamente casual del suceso. Sólo porque una causación de muerte puramente casual no la enjuicamos ya objetivamente como homicidio en sentido jurídico es por lo que un dolo tendiente a ello no es un dolo homicida, sino dirigido a algo impune”^{xvi}. De modo similar plantea el caso en el que una persona que sufre lesiones leves producto de un disparo (con dolo homicida) muere, luego de ser internado, en un hospital como consecuencia de un incendio. En tal caso, sólo se puede negar el dolo respecto del concreto resultado homicida - dice Roxin - si a la causación de muerte, tal como se ha

desarrollado, ya no se la considera como un acción de matar en el sentido del tipo^{xvii}.

En consecuencia, dice Roxin, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de la causación una acción típica^{xviii}.

En su concepción la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados:

a) Creación de un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y la realización de ese peligro en el resultado concreto. Mientras la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico implica una falta de consumación, configurando un caso de *tentativa*.

b) Si se presenta el presupuesto anterior, es decir si el resultado se presenta como realización del riesgo creado por el autor, se cumple el tipo objetivo. No obstante, en forma excepcional, desaparece la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

En función de los principios básicos que estructuran la imputación al tipo objetivo, este autor desarrolla reglas generales que excluyen la imputación: a) en caso de disminución del riesgo; b) si falta la creación de peligro; c) en casos de riesgo permitido.

No es suficiente la creación del riesgo no permitido sino que además, para la imputación al tipo objetivo, debe verificarse que el resultado sea la materialización del peligro creado, es decir, que en el resultado se realice el riesgo (prohibido) creado. Como ejemplo demostrativo ofrece el caso de la víctima de una tentativa de homicidio que no muere en el peligro atentado sino en un incendio en el hospital.

El autor sostiene que para determinar si se ha realizado el riesgo creado por el autor, en cada caso puede ser necesario realizar *sutiles investigaciones*.

Roxin considera que aún cuando en el resultado se haya realizado el riesgo no permitido creado por el autor, la imputación puede no tener lugar en casos de *resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado*. En su esquema niega la imputación del resultado si en éste no se ha materializado el peligro que quería prevenir la norma de cuidado infringida. Son los casos en los que *“la imputación se excluye ya porque el fin de protección de los mandatos de cuidado no cubre el resultado producido”^{xix}*. Con relación a estos casos, Roxin distingue y aclara que *“sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.) y no del fin de protección del tipo penal”^{xx}*.

Con relación a la temática de las *conducta alternativas conforme a derecho*, la presenta como aspecto discutido: Roxin excluye la imputación cuando (aún mediando una conducta acorde a derecho) existe la seguridad que el resultado igualmente se hubiese producido; mientras que la mantiene cuando una conducta correcta posiblemente hubiese evitado el resultado, en base a la *teoría del incremento del riesgo*.

Finalmente admite que, aún cuando concurra la creación y realización de un riesgo no permitido, presupuestos con los que se da la imputación al tipo objetivo, la imputación puede fracasar cuando el *fin de protección de la norma no abarca resultados de la clase de los producidos*, es decir cuando el tipo no está orientado a evitar el acaecimiento del suceso verificado en el caso concreto, es decir, en aquellos casos *“en que la norma típica (la prohibición e matar, lesionar, dañar, etc.) no abraza de antemano determinadas conductas y consecuencias”^{xxi}*. Considera que esta cuestión tiene importancia sobre todo en los delitos imprudentes; no obstante ello, con relación a los hechos dolosos, lo considera importante en tres grupos de casos: a) la cooperación en una auto-puesta en peligro dolosa; b) la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste; c) la atribución a la esfera de responsabilidad ajena.

En síntesis, se puede decir, en palabras del propio Roxin, *“que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”^{xxii}*.

B.- La teoría de Jakobs.

Para Jakobs la teoría de la imputación objetiva *emprende la tarea de formular reglas para determinar que es lo que significa un hecho*. Para este autor *la retícula de la casualidad es remoldeada por un orden basado en la competencia de las personas intervinientes^{xxiii}*.

En su concepción, la causación por sí sola resulta insuficiente para fundamentar la imputación: *la causación únicamente afecta el lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social^{xxiv}*.

Según el autor, en la realidad social se producen contactos y para que la interacción sea posible no se puede exigir que todos deban considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, porque sino la sociedad quedaría paralizada. En palabras de Jakobs, *“las garantías normativas que el derecho establece no tiene como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles – si eso fuese así se produciría una paralización inmediata de la vida social - sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción – y no a todas las personas – determinados cometidos, es decir, aseguran standards personales, roles que deben ser cumplidos...”^{xxv}*.

Los cometidos que corresponden a los intervinientes se fija en función de la separación de ámbitos vitales. Así, Jakobs nos dice lo que es objetivo en la imputación objetiva: *se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas^{xxvi}*.

De este modo, según Jakobs, las acciones individuales adquieren un *significado socialmente vinculante* en función del esquema de interpretación que configuran las expectativas que incumben al portador de un rol. Entonces, en este esquema, la imputación tiene como destinatario a la persona

(portadora de un rol) a quien pertenece el suceso^{xxvii}, a quien se le imputan desviaciones con relación a las expectativas que le compete como portador de un rol.

Señala que la determinación de a quién compete el acontecer relevante se define según los roles que desempeñen (autor, víctima y tercero), respondiendo jurídicamente penalmente quien haya quebrado su rol administrándolo en forma deficiente, es decir, quien se haya desviado de la expectativa que le imponía su rol. Cuando todos se desempeñan conforme a las pautas que incumben a su rol, a ninguno de los intervinientes debe reprochársele nada, y sólo queda la desgracia como explicación posible del suceso.

El autor expresa que tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos lo determinante no es la interpretación que el autor dé a su hecho sino la *interpretación objetiva, orientada con base en el rol, si bien con frecuencia ambas serán congruentes (pero precisamente no tiene porque coincidir)*^{xxviii}.

Sostiene que *desde el punto de vista del derecho penal, no se plantea la cuestión de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídicamente penalmente relevante*^{xxix}.

Según *Jakobs*, la teoría de la imputación objetiva permite convertir un conglomerado naturalista en algo comunicativamente relevante, interpretándolo como un suceso socialmente relevante (o irrelevante), como socialmente adecuado (o inadecuado).

Para la construcción del delito, según *Jakobs*, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol. Desvinculándose de criterios puramente naturalistas expresa que *ya no resulta suficiente la equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico*.

Con relación a la *omisión* (como un aspecto del comportamiento humano), considera que solamente está obligado (a evitar una consecuencia lesiva) quien es titular de una *posición de garantía*^{xxx}. En este esquema, los límites de los roles funcionan como límites de responsabilidad.

Con respecto al ámbito de la *comisión* describe determinados límites a los roles. Las instituciones dogmáticas con cuya ayuda puede llevarse a la práctica

la imputación objetiva, según *Jakobs*, son cuatro: a) *el riesgo permitido*; b) *el principio de confianza*; c) *la prohibición de regreso*; y d) *la competencia de la víctima*.

Sostiene que el *riesgo permitido* está presente en todos los ámbitos vitales; la sociedad está destinada a posibilitar la interacción, razón por la cual no puede prohibir toda puesta en peligro; ello haría imposible la evolución social; para poder hacer uso de bienes es necesario, a su vez, poner en peligro determinados bienes. Reconoce, además, la existencia de ciertos riesgos permitidos por legitimación o aceptación histórica que constituyen costumbres.

Con relación al *principio de confianza*, señala que el mismo se basa – como razón fundamental – en que los demás son concebidos como sujetos responsables. Ello posibilita la división del trabajo: en equipos quirúrgicos, fábricas, etc. Dicho principio cesa cuando el reparto de tareas pierde su sentido, especialmente cuando se conoce que la otra parte no cumplirá con las exigencias atinentes a su rol.

Para *Jakobs* existe una *prohibición de regreso*, y por consiguiente no puede ser imputado, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, pues no quebranta su rol y por ello no constituye participación en una organización no permitida. Se trata de casos en los que el autor desvía hacia lo prohibido el comportamiento de un tercero que por sí mismo carece de relevancia delictiva. El rol limita y circunscribe el significado del comportamiento, el que siendo de modo estereotipado inocuo no puede formar parte de un delito.

Con relación a la *competencia de la víctima* – expresa – existen sucesos en los que la única posibilidad de explicación reconoce el infortunio de la víctima. Señala que, además de estos casos, existen otros sucesos que presentan mayor importancia práctica, en los que el propio comportamiento de la víctima fundamenta que se le impute la consecuencia lesiva: así agrupa, bajo el rótulo de *acción a propio riesgo*, casos de *lesión de un*

deber de autoprotección, o la propia voluntad de la víctima.

Con este esquema, expuesto sintéticamente en el presente trabajo, *Jakobs* delimita los fundamentos de la imputación objetiva.

III.- Las Críticas.

Las principales objeciones y cuestionamientos que se han vertido contra la teoría de la imputación objetiva consisten en los siguientes:

a) *Armin Kaufmann*, y posteriormente otros autores finalista (como *Struensee*), reprochan a la teoría en análisis la imposibilidad de realizar un juicio puramente objetivo para determinar la creación de un riesgo no permitido, toda vez que la cuestión de la permisibilidad o prohibición de una acción depende también, en ciertos casos, de los conocimientos especiales del autor^{xxxv}. Según señalan los críticos, en ciertos casos no se puede llegar a una solución sin considerar lo subjetivo.

b) Otra objeción consiste en afirmar que la teoría de la imputación objetiva se trata de un desarrollo innecesario toda vez que la *teoría de la adecuación* ya señalaba los presupuestos que deberían adicionarse a la causalidad para que se configure una relación relevante entre resultado y acción^{xxxii}. *Schünemann*, al rechazar la crítica, señala que por cierto existen una serie de casos en los que la relación entre acción y resultado es objetivamente previsible, por ser probable, pero no es correcto declarar responsable al autor, como sucede – según ejemplifica - en el caso del paciente que herido dolosamente por un impacto de bala muere luego de ser internado en el hospital por un incendio, o en el caso de la víctima de un accidente de tránsito que muere luego en el hospital al infectarse con una bacteria. En tales casos, según *Schünemann*, razones de política criminal determinan que la imputación no tiene sentido y ello demuestra la insuficiencia de la *teoría de la adecuación*, que resulta una condición necesaria pero no suficiente al carecer de esta perspectiva normativa, pues puede fundamentar la exclusión de cursos causales inadecuados pero no así la exclusión de los cursos causales adecuados socialmente^{xxxiii}.

c) Otra cuestión es la que se plantea respecto de si la teoría de la imputación objetiva resulta aplicable también en los delitos dolosos. *Armin Kaufmann* considera superfluo y “se opone a la necesidad, e incluso a la posibilidad, de un juicio de peligro y de una valoración en el ámbito del delito doloso que deba realizarse con anterioridad al análisis de la existencia de dolo para constatar de esa manera si existe un nexo objetivo suficiente entre acción y resultado”^{xxxiv}.

d) El argumento expresado por *Kaufmann* respecto a que la teoría de la imputación objetiva no se trata de una verdadera teoría, en el sentido de conjunto sistemático y homogéneo de proposiciones aplicable a todas las estructuras típicas, sino sólo de un conjunto de puntos de vista y principios.

e) Algunos autores^{xxxv} consideran que conceptos como la *creación del peligro desaprobado* y en el de *realización del riesgo* conducen a la inseguridad jurídica.

f) Según *Bustos Ramírez* la imputación objetiva al ser una relación valorativa entre una afectación al bien jurídico y la situación típica, no puede ser una cuestión de la tipicidad sino que pertenece a la antijuricidad^{xxxvi}.

IV.- Apreciaciones personales.

La teoría de la imputación objetiva significa un paso a favor de la garantía de la persona frente al poder punitivo estatal, *salvando la tipicidad de su enorme amplitud*^{xxxvii}, limitando la punibilidad a lo que resulta indispensable en función de la decisión valorativa (político criminal) del orden jurídico.

Constituye un nuevo esfuerzo dogmático, de reconocida utilidad, orientado a establecer criterios de imputación, progresando en relación a las bases y principios trazados por la *teoría de la equivalencia* y de la *adecuación*.

Como numerosos autores reconocen, *la teoría* puede dar buenos frutos a la ciencia penal aunque todavía tiene un camino muy largo que recorrer en orden a las cuestiones que quedan abiertas.

En este sentido, a los fines de evitar la arbitrariedad y la inseguridad en la aplicación de la ley, el primer tema de investigación es definir el criterio en función del cual se determina la existencia de un riesgo desaprobado.

Además, si bien como dice *Roxin*, para enjuiciar la cuestión de si se ha realizado un peligro creado por el autor, en el caso concreto puede ser necesario efectuar sutiles investigaciones^{xxxviii}, con relación a este presupuesto (es decir la realización del riesgo creado) existen múltiples casos, no tan simples como los ejemplos que utiliza *Roxin* al desarrollar este tópico, en los que la categoría no parece resolver suficientemente la imputación, razón por la cual considero – atrevidamente - que resultaría posible (y de utilidad) distinguir analíticamente la relevancia que correspondería asignar a los resultados según constituyen la realización (consecuencias) de riesgos directos e inmediatos o indirectos y mediatos respecto del peligro creado por el autor.

Con el propósito de reflexionar acerca de la necesidad de pensar en la distinción señalada precedentemente propongo como ejemplo un caso, tomado de la realidad: el médico interviniente practicó sobre la paciente un diagnóstico endoscópico del que resulta que ésta presentaba un cuadro clínico que requería la colocación de una prótesis traqueal a la mayor brevedad posible. El profesional médico prescribió – correctamente - la referida prótesis pero se demoró en la colocación de la misma; durante la demora la paciente estuvo bien controlada con respecto al problema respiratorio, pero falleció (después de cinco días de internación) como consecuencia de un tromboembolismo pulmonar agudo (pese a que había sido medicada a los fines de prevenir posibles tromboembolismos), que si bien es independiente de toda deficiencia respiratoria se puede producir como consecuencia de un prolongado reposo en cama, provocado (el prolongado reposo) como consecuencia de la demora en la colocación de la prótesis referida.

Dejo abierto el análisis del caso planteado: Si el riesgo *directo e inmediato* por la demora en la colocación del stent era la muerte por insuficiencia respiratoria (asfixia), en el ejemplo formulado (al morir la paciente por un tromboembolismo pulmonar), ¿se realiza el riesgo directamente desaprobado o se realiza un riesgo

desaprobado aunque lejano (indirecto o mediato)?, ¿debe asignarse relevancia penal a ambos tipos de riesgos?; interrogantes que evidencian la necesidad metodológica de la distinción analítica señalada.

Aquí retoma relevancia el principio formulado por *Hegel*: “sólo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, como modificación del mundo exterior, pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas”^{xxxix}.

Por otra parte, seguramente, constituirá una tarea a abordar por la teoría de la imputación objetiva el desarrollo de un principio normativo relacionado con el ámbito de responsabilidad de la víctima o de un tercero que permita superar las respuestas a-sistemáticas y la tendencia casuística que presenta el estado actual del problema.

Con relación a si la teoría de la imputación objetiva resulta aplicable a los delitos dolosos y a los culposos, creo que es acertada la posición de *Schünemann* en cuanto sostiene que la teoría de la imputación objetiva resulta aplicable también a los delitos dolosos. Como sostiene este autor, que la imputación del resultado es también relevante para el delito doloso surge con claridad en todos los casos de desviación del curso causal respecto del dolo, en los que los criterios para determinar cuándo una desviación de esa naturaleza excluye la atribución del resultado y cuando debe imputarse no pueden ser extraídos del concepto de dolo, el que en todos los casos se encuentra ausente respecto del curso casual^{xl}.

Ahora bien, creo que es acertada la observación de *Schünemann* en cuanto señala que “*Roxin* tiene razón en el punto de partida, pero llega demasiado lejos al identificar en forma absoluta las reglas de imputación del delito doloso y las del culposo”^{xli}. Pues, *Schünemann* - a diferencia de *Roxin* - considera posible que los criterios de imputación sean diferentes en el delito doloso respecto del delito culposo; debe ser más exigente el criterio a aplicar en relación al delito doloso, en el que el riesgo

permitido debe ser establecido de modo más restringido^{xiii}.

Como lo expresa *Sancinetti*, *todo ilícito es siempre la creación de un riesgo reprobado, pero no hay un riesgo uniformemente reprobado para el dolo y para la imprudencia*^{xliii}. Ahora bien, aún será materia de investigación la definición de los criterios aplicables para su determinación.

La bibliografía que examina las tesis básicas de la teoría de la imputación objetiva demuestra que aún existen discrepancias entre los propios autores que adscriben a la misma y que el análisis y la discusión permanecen abiertos, aún cuando debe partirse de un reconocimiento: esta teoría significa un nuevo paso en la unión entre política criminal y derecho penal.

Bibliografía

- **Cancio Meliá, Manuel**, *“Los orígenes de la teoría de la adecuación social – Teoría final de la acción e imputación objetiva”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año 1998.

- **Jakobs, Günther**, *“La Imputación Objetiva”*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Edit. Grijley, Lima.

- **Mir Puig, Santiago**, *“Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”*, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Sociales, Homenaje a Claus ROXIN*, Ed. Lerner, Córdoba, 2001.

- **Pessoa, Nelson**, *“Imputación objetiva y el concepto de acción”*, en *“Teorías Actuales en el Derecho Penal”*, 75° Aniversario del Código penal, Ad-Hoc, Bs. As. 1998.

- **Reyes Alvarado, Yesid**, *“Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, N° 4-5, Ad-Hoc, Bs. As..

- **Roxin, Claus**, *“Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos - La estructura de la teoría del delito”*; traducción de la 2° edición alemana y notas por Diego Manuel LUZÓN PEÑA; Civitas, 1997.

- **Roxin, Claus**, *“Política criminal y sistema de derecho penal”*, Edit. Hamurabi, Buenos Aires, año 2000.

- **Sancinetti Marcelo**, *“Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”*, en *“Teorías Actuales en el*

Derecho Penal”, 75° Aniversario del Código penal, Ad-Hoc, Bs. As. 1998.

- **Schünemann, Bernd**, *“Consideraciones sobre la Imputación Objetiva”*, en *“Teorías Actuales en el Derecho Penal”*, 75° Aniversario del Código penal, Ad-Hoc, Bs. As. 1998.

- **Zafaroni, E.; Alagia, A.; y Slokar, A.**, *“Derecho Penal – Parte general”*, Ed. Ediar, Bs. As., 2003.

ⁱ Roxin, Claus; *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos - La estructura de la teoría del delito*; traducción de la 2° edición alemana y notas por Diego Manuel LUZÓN PEÑA; Civitas, 1997, pág. 363.

ⁱⁱ Mir Puig, Santiago, *“Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”*, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Sociales, Homenaje a Claus ROXIN*, Ed. Lerner, Córdoba, 2001, pág. 71.

ⁱⁱⁱ Schünemann, Bernd; *“Consideraciones sobre la Imputación Objetiva”*, en *“Teorías Actuales en el Derecho Penal”*, 75° Aniversario del Código penal, Ad-Hoc, Bs. As. 1998, pág. 221/226.

^{iv} Conf. Hegel, según Yesid Reyes Alvarado, *“Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, N° 4-5, Ad-Hoc, Bs. As., pág. 153.

^v Schünemann, op. cit., pág. 222.

^{vi} Larenz, citado por Sancinetti Marcelo, en *“Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”*, en *“Teorías Actuales en el Derecho Penal”*, 75° Aniversario del Código penal, Ad-Hoc, Bs. As. 1998, pág. 186.

^{vii} Conf. Schünemann, op. cit., pág. 223.

^{viii} Schünemann llama la atención respecto a que hoy se acostumbra a presentar el caso de modo tal que el sobrino quiere heredar a su tío y lo convence de hacer un paseo.

^{ix} Zafaroni, E.; Alagia, A.; y Slokar, A., en *“Derecho Penal – Parte general”*, Ed. Ediar, Bs. As., 2003, pág. 465.

^x Schünemann, op. cit., pág. 224.

^{xi} Roxin, C.; op. cit. *“Derecho Penal...”*, pág. 361.

^{xii} Mezger, citado por Roxin, Claus, en obra mencionada en nota 1 (*“Derecho Penal...”*, pág. 361).

-
- xiii Welzel, según cita Cancio Meliá, *“Los orígenes de la teoría de la adecuación social – Teoría final de la acción e imputación objetiva”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año 1998; pág. 57.
- xiv Zaffaroni, obra citada, pág. 466.
- xv Roxin, C.; op. cit., pág. 362.
- xvi Roxin, op. cit., pág. 362.
- xvii Roxin, op. cit., pág. 363.
- xviii Roxin, op. cit., pág. 363.
- xix Roxin, op. cit., pág. 379.
- xx Roxin, op. cit., pág. 378.
- xxi Roxin, op. cit., pág. 378.
- xxii Roxin, op. cit., pág. 364.
- xxiii Jakobs, Günther; *“La Imputación Objetiva”*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Edit. Grijley, Lima, pág. 9.
- xxiv Jakobs, op. cit., pág. 19.
- xxv Jakobs, op. cit., pág. 20.
- xxvi Jakobs, op. cit., pág. 21.
- xxvii Jakobs, op. cit., pág. 18.
- xxviii Jakobs, op. cit., pág. 21.
- xxix Jakobs, pág. 23.
- xxx Jakobs, op. cit., pág. 25.
- xxxi Conf. Frisch, Wolfgang; *“La imputación objetiva: estado de la cuestión”*, traducción de Robles Planas Ricardo, en *“Sobre el Estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)”*, Civitas, Madrid 2000, pág. 42.
- xxxii Schünemann, B; *“Consideraciones...”*, pág. 227.
- xxxiii Schünemann, B; op. cit., pág. 228.
- xxxiv Conf. Frisch, W; *“La imputación objetiva...”*, pág. 35.
- xxxv Küpper, citado por Frisch, Wolfgang en *“La imputación objetiva...”*, pág. 40.
- xxxvi Bustos Ramírez, Juan; *“La Imputación Objetiva”*, en *“Teorías Actuales en el Derecho Penal”*, 75° Aniversario del Código penal, Ad-Hoc, Bs. As. 1998, pág. 212/213.
- xxxvii Roxin, Claus; *“Política criminal y sistema de derecho penal”*, Edit. Hamurabi, Buenos Aires, año 2000, pág. 8 (en palabras previas del autor).
- xxxviii Roxin, C.; *“Derecho Penal...”*, pág. 374.
-
- xxxix Conf. Hegel, según Yesid Reyes Alvarado, *“Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 4-5, Ad-Hoc, Bs. As., pág. 153.
- xl Conf. Schünemann, B; op. cit., pág. 237.
- xli Conf. Schünemann, B; op. cit., pág. 236.
- xlii Conf. Schünemann, B; op. cit., pág. 238.
- xliiii Conf. Sancinetti Marcelo, en *“Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”*, en *“Teorías Actuales en el Derecho Penal”*, 75° Aniversario del Código penal, Ad-Hoc, Bs. As. 1998, pág. 63.

**MARCO GENERAL DE LAS RESPONSABILIDADES JURÍDICAS QUE
PUEDEN APLICARSE A LAS INSTITUCIONES DE SALUD Y AL
PERSONAL SANITARIO Y SU VISIÓN DESDE LA PREVENCIÓN Y
GESTIÓN-DE-RIESGOS JURÍDICOS EN EL SECTOR DE LA SALUDⁱ.
(Visión General con énfasis en el Derecho Médico-Sanitario Colombiano)**

María Patricia Castaño de Restrepo.

Abogada de la Universidad de Medellín, con postgrados en Derecho Comercial y Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana y en Responsabilidad Civil y de Seguros de EAFIT. Autora y coautora de varias obras de carácter nacional e internacional sobre temas de Derecho Médico Sanitario y Responsabilidad Civil, como " El Consentimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica"; Editorial Temis S.A., Directora académica de la colección "Derecho Médico-Sanitario" publicada por editorial Temis S.A. y auspiciada por la SIDEME. Conferencista invitada a países como España, Argentina, Ecuador, México, Uruguay, Brasil, Venezuela, Panamá, Cuba y Estados Unidos. Invitada como Expositora por el Centro Interamericano de Estudios en Seguridad Social CIESS; la OPS-OMS al XIII Curso Taller de Legislación de Salud.

Catedrática de varias universidades, entre ellas de la Universidad del Rosario, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad Externado de Colombia, Universidad Tecnológica de Bolívar, Universidad Javeriana, entre otras. Miembro Fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado y ex presidente de dicha institución. Miembro fundador de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico SIDEME y actualmente miembro de su Junta Directiva. Invitada a las comisiones consultivas para la enseñanza del Derecho Médico o Derecho de la Salud de la OPS-OMS. Coordinadora general y académica de varios eventos internacionales sobre temas de Derecho Médico - Sanitario, entre ellos; II Simposio Iberoamericano de Derecho Médico, SIDEME, celebrado en Medellín, 2001; Primer Congreso Internacional de Derecho Médico-Sanitario, Universidad del Rosario-SIDEME-ASOCODEME-2006. Autora del primer programa de especialización en Derecho Médico de la Universidad Pontificia Bolivariana. Directora académica de la especialización en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Conciliadora y árbitro de la Cámara de Comercio de Medellín. Consultora nacional e internacional.

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Quiero partir de una referencia al logo-símbolo utilizado para la promoción de la especialización en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario, puesto que creo que en ello, está inmerso todo un mensaje frente a nuestra concepción de esta área del Derecho y a la cultura de respeto e integración entre las disciplinas de la Salud y el Derecho, en torno a un mismo propósito.

Dicho logo-símbolo consiste en una balanza perfectamente equilibrada, en un lado de la misma, se encuentra un fonendoscopio como uno de tantos símbolos de la Medicina, tomamos la medicina como una de las disciplinas más representativas de las denominadas ciencias de la salud. Y del otro lado, un martillo, como símbolo del Derecho y de la justicia.

Lo que hemos querido representar con este símbolo es una invitación a lograr entre todos, una conceptualización del Derecho Médico-Sanitario que promueva el equilibrio entre el desarrollo del conocimiento de las ciencias de la salud y sus aplicaciones, con la evolución de su regulación jurídica, para hacer posible la justicia sanitaria.

Dentro del anterior orden de ideas, es preciso anotar que si bien *el derecho médico – sanitario es sin lugar a dudas una especialidad del Derecho y no de la Medicina, ni de ninguna otra disciplina de la salud*, es evidente que para poder abordar muchos de los problemas propios del mismo y en general varios de los temas que constituyen su objeto de estudio, **siempre que no se trate de aquellos puramente jurídicos** (Vg. Prescripción, caducidad de una acción, carga de la prueba, determinación de factores subjetivos y objetivos de imputación de responsabilidades jurídicas, etc.), **será necesario hacer un trabajo interdisciplinario y trasdisciplinario**. Es decir, convocar a todas y cada una de las disciplinas que convergen en un tema determinado, para lograr abordarlo integralmente, y con rigor jurídico y científico.

En consecuencia con lo anterior, *los abogados tenemos que reconocer la necesidad de nutrir nuestros conocimientos, apreciaciones y perfil de acción, con los de las disciplinas que sean pertinentes, según las circunstancias*. No podemos por ejemplo, practicar el intrusismo y ponernos a pontificar o hacer alegres deducciones, sobre lo que científicamente debió haber hecho o dejado de hacer un profesional de la salud, en un caso concreto, sin contar primero con la información científica adecuada, y en general con la prueba científica. Es por ello que hemos señalado que *muchos de los conflictos de Derecho Médico-Sanitario se presentan por desconocimiento de aspectos técnico-científicos propios de las disciplinas de la salud, de los servicios de salud y de la organización y funcionamiento del sector de la salud*.

En ese sentido hay que hacer un llamado respetuoso a la ética profesional al abogado, para que no se preste a promover conflictos en esta área, que no tengan, por lo menos, un previo análisis científico que los sustenten y justifiquen.

De otra parte, *los profesionales de la salud y de otras disciplinas inmersas en esta temática deben comprender las implicaciones jurídicas del que hacer en las distintas profesiones, ocupaciones, actividades, etc. de la salud y en general, en la administración y prestación de los servicios de la salud*. Así por ejemplo, *deben comprender los médicos, que muchas veces detrás de un acto médico hay un acto jurídico o un hecho jurídico*, regulados incluso, en frecuentes ocasiones, por normas imperativas de obligatorio cumplimiento, lo que implica que cada médico que realiza un acto de esta categoría deba cumplir la ley, dado que en todo ordenamiento jurídico moderno, impera aquel principio general de derecho que enseña que *“la ignorancia de la ley no sirve de excusa”* además por aquello de que *“la ley es dura pero es la ley”*. Basta que tomemos como ejemplo, lo que ocurre con el mal llamado consentimiento informado del paciente. Los médicos lo han entendido simplemente como un acto médico, pero no como un acto jurídico, y por ello creo que suele ser tan mal aplicado a diario en los diferentes servicios de la salud y por ende mal calificado o valorado como prueba en los estrados judiciales. No se conoce por ejemplo los tantos

requisitos jurídicos necesarios para que esa declaración de voluntad produzca efectos jurídicos (Vg. Autonomía para algunos casos, capacidad legal para otros, no puede tener objeto ni causa ilícitos, no estar viciado por error, fuerza o dolo, etc.).

Ahora, ese desconocimiento de lo jurídico tiene sus raíces más profundas en la poca importancia que a sólido darse en la formación de los profesionales, técnico y tecnólogos, sanitarios, a otras áreas del conocimiento y dentro de ellas al Derecho. Asunto que daría para profundizar mucho, pero que no constituye nuestro objetivo.

Los profesionales de la salud, el personal sanitario y en general todas las personas individuales y colectivas inmersas en cualquier sector, deben comprender que el Derecho ha impregnado la regulación de todas las actividades. Los actos y hechos más sencillos de la vida cotidiana pueden tener una gran connotación jurídica (hechos jurídicos- actos jurídicos, etc.). Por ello se habla de la juridificación de la Sociedad, así como también se habla de la medicalización de la misma.

Dentro de este contexto, se encuentra nuestra motivación para tratar el tema del *marco general de las responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse a las instituciones de salud y al personal sanitario* y de otro orden, inmerso en el sector de la salud y su visión desde la prevención y gestión-de-riesgos jurídicos en este sector, puesto que cada vez que asisto a congresos, foros, seminarios, con auditorios interdisciplinarios, en los cuales se tratan conflictos de derecho médico-sanitario, observo como se confunden las diversas responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse en este campo, tanto a las personas individuales y colectivas. Se confunden sus características, a qué clase de falta obedece cada responsabilidadⁱⁱ, (clases de conducta reprochables); cual es el órgano competente en cada país para aplicarlasⁱⁱⁱ, cuál es el procedimiento respectivo, cuáles consecuencias jurídicas^{iv} se pueden imponer al destinatario de cada clase de responsabilidad, etc. y por ende se confunde el origen de los conflictos de derecho médico-Sanitario y si hay confusión en ellos, no se puede conocer la forma de prevenirlos, o

gestionarlos de mejor manera, cuando ellos no se han podido evitar.

Lo anterior, nos remite necesariamente a las distintas formas de regulación y dentro del amplio espectro de la regulación, obviamente a la que tiene que ver con dichas responsabilidades jurídicas, según el ordenamiento jurídico de cada país. Dado que cada responsabilidad jurídica surge por una clase de faltas específicas, que tiene como común denominador, la violación o trasgresión de determinadas normas jurídicas^v.

Quienes son ajenos al Derecho, desconocen todas las Fuentes del Derecho que pueden existir. Desconocen que aún los particulares tienen espacio para hacer regulación en salud de diversas maneras. Por ejemplo, a través de la celebración de contratos de prestación de servicios entre un profesional de la salud y una clínica o institución prestadora de servicios de salud y que si se incumplen las obligaciones previstas en el contrato para el contratista (Vg. Profesional), la institución contratante le puede aplicar las sanciones previstas en ese contrato o en el reglamento respectivo, y allí se estará aplicando una clase de responsabilidad jurídica al que comete una falta prevista en ese contrato, (que es ley para las partes), siempre que cumpla determinados requisitos, para sus existencia y validez, y por ende, constituye una forma de regulación especial y diferente a muchas otras.

Es que jurídicamente no es lo mismo celebrar un contrato de prestación de servicios, que genera una vinculación civil (a lo cual se está viendo abocado muchos profesionales sanitarios, dentro de una tendencia a la informalidad en la vinculación en los sectores de la salud de los distintos países), que celebrar un contrato de trabajo, que genera una vinculación laboral, la cual tiene mayor estabilidad, puesto que tiene una regulación, normalmente de Derecho público, que incluye muchas normas imperativas de obligatorio cumplimiento, y por ende reduce el espacio de acción para la autonomía de la voluntad privada.

Usualmente cuando les doy clase en pregrado a los estudiantes de los últimos semestres de algunas

facultades de medicina de nuestro país, les pregunto si ellos distinguen una relación laboral de una relación civil y lo que implicaría, para cada uno de ellos, al celebrar un contrato de una u otra naturaleza? Todos, sin excepción hasta ahora, me responden que no saben. Sin embargo, cuando se gradúan, tienen que salir a trabajar y por ende a vincularse a un mercado laboral bien difícil y competido, sin tener las mínimas herramientas para tener conciencia de lo que están haciendo al celebrar cualquier contrato, verbal o escrito y de la naturaleza que sea y sin conocer la responsabilidad jurídica que pueden asumir por su incumplimiento.

Dados algunos antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, muy especialmente me refiero a la sentencia del 31 de marzo de 2003, con ponencia del Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, dicha corporación jurisdiccional distinguió entre la responsabilidad ético-profesional que pueden aplicar en Colombia los Tribunales de Ética, (Médica, odontológica, de enfermería), y la responsabilidad interna que puede aplicar una institución asistencial a sus profesionales de la salud, cuando alguno de éstos incumple las normas éticas que orientan su profesión, y dicho incumplimiento está a su vez previsto como falta en la regulación interna respectiva, (bien contrato, reglamento, etc.).

Consideramos que las instituciones asistenciales y del sector de la salud en general, por desconocimiento de las normas y por falta de una adecuada asesoría jurídica, no han utilizado suficientemente las herramientas que otorga el ordenamiento jurídico para poder imponer a sus trabajadores y contratistas, la responsabilidad disciplinaria interna respectiva^{vi}. Por eso con mucha frecuencia nos encontramos que por no haber previsto como obligación ciertas conductas en dichas regulaciones, no se dispone de los mecanismos jurídicos para sancionar. Por ejemplo, hay prestigiosos médicos que por tardanza o mora injustificada en la prestación de sus servicios, generan una serie de tropiezos en la administración y prestación de los servicios de la salud en las diversas instituciones asistenciales. Por ejemplo, se retrasan los turnos en los quirófanos o salas de procedimientos, se

retrazan las consultas, etc. Sin embargo, no siempre se tiene la posibilidad de sancionar estas conductas por falta de previsión o porque no se tenga claro que elementos son de la naturaleza de los contratos respectivos.

Por ello nos parece importante llamar la atención sobre lo que hemos denominado responsabilidades disciplinarias internas, para distinguirlas de otras responsabilidades pertenecientes a la esfera disciplinaria.

Considero entonces que para hacer prevención y gestión de riesgos jurídicos en el sector de la salud, hay que distinguir dichos riesgos y sus características, para prevenirlos y gestionarlos, y ello no se puede lograr, si se desconoce las distintas clases de responsabilidades jurídicas de donde pueden provenir.

PLAN Y METODOLOGÍA.

Como se que el tema daría para todo un tratado de Derecho Médico-Sanitario, me veo obligada a asumir una metodología de tratamiento del mismo, a través de simples premisas que considero válidas. Por eso, voy a hacer incluso una enumeración de las mismas.

Me permitiré iniciar con la *ubicación del tema, dentro del concepto de derecho médico sanitario (I)*, luego haré un *planteamiento general de las principales responsabilidades jurídicas que se pueden aplicar tanto a las instituciones de salud, a los profesionales de la salud y el personal sanitario en general, en el sector público como en el sector privado (no se trata, por su puesto, de profundizar minuciosamente en todas y cada una de las que se pueden aplicar) II*. Posteriormente haré un énfasis en la *Responsabilidad Disciplinaria Interna* que pueden aplicar las instituciones de salud a su personal de salud, siempre que se haya hecho la regulación previa suficiente y pertinente (III). También voy a referirme a la *responsabilidad indemnizatoria sanitaria*, porque desde luego esta última es una de las más importantes y que más desarrollo ha tenido en nuestros países (IV). Haré unos breves apuntes sobre la *prevención y gestión de riesgos jurídicos en algunos temas específicos de interés(V)*, como por ejemplo, la *transferencia de riesgos al paciente* a través de la aplicación correcta de la Teoría de Aceptación de

Riesgos (consentimiento informado), también me referiré al *manejo de los riesgos de infecciones intrahospitalarias; y a la prevención de la responsabilidad por trabajo en equipo*, dado que considero que el personal sanitario no se ha dado cuenta, de la responsabilidad solidaria que puede asumir en este campo, y creemos que no se ha estudiado suficientemente las posibles incidencias del tratamiento que se viene dando en muchos de nuestros países a la responsabilidad por trabajo en equipo, por ejemplo, en Colombia con la sentencia del 18 del mayo del 2005, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, haré algunas anotaciones sobre la aplicación de las políticas de resarcimiento para evitar la extensión de un daño o de una iatrogenia en general.

DESARROLLO.

I- SOBRE LA UBICACIÓN DEL TEMA DENTRO DEL CONTEXTO DEL DERECHO MEDICO-SANITARIO.

1. *“El Derecho Médico-Sanitario es la parte del sistema normativo jurídico, que regula tanto los hechos, relaciones, potestades, prerrogativas, derechos, obligaciones, conductas, actividades, profesiones, oficios, ocupaciones, pertinentes para procurar la protección, conservación y mejoramiento de la sanidad en general, muy especialmente, la salud pública, la vida y salud humana, y de otros seres vivos, y el equilibrio biológico, ecológico, ambiental y la biodiversidad del universo; como también, los conflictos y soluciones relacionados con estos temas y las distintas acciones jurídicas que se pueden emprender para lograr la protección de los derechos y asuntos involucrados, la aplicación de los procedimientos y consecuencias jurídicas previstas, a las personas individuales y colectivas, que realizan conductas socialmente útiles para estos fines, o que, por el contrario, incurrir en conductas ilícitas que tienen incidencia negativa en la consecución de los mismos”^{vii}.”*

2. Dentro de este concepto de Derecho Médico – Sanitario, ocupa un lugar muy importante las responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse a las instituciones de salud y al personal sanitario, así como también la prevención y gestión de riesgos jurídicos dentro del Sector de la Salud, provenientes de la

posibilidad de asumir las consecuencias o sanciones jurídicas propias de dichas responsabilidades.

3. El riesgo jurídico o legal es la posibilidad de asumir una consecuencia jurídica prevista en el ordenamiento jurídico por incurrir en una conducta, activa u omisiva **ilícita**.

4. Las posibles causas de un riesgo jurídico, pueden ser las mismas del evento adverso en general, es decir, errores provenientes de un factor técnico, de un factor organizacional o de un factor humano.

5. Los profesionales sanitarios y las instituciones de salud pueden asumir riesgos jurídicos, con mayor frecuencia, gravedad, costo e incidencia legal que otras actividades^{viii}.

La prevención y gestión de riesgos puede entenderse como el conjunto de acciones que, aunque no garanticen la ausencia de eventos adversos, tratan de minimizar sus posibilidades de ocurrencia, dentro de costos sostenibles”.^{ix}

6. Algunos de los objetivos más importantes de la prevención y gestión de riesgos son: mejorar la seguridad de los pacientes. Mejorar la seguridad de los profesionales y de la institución. Reducir los costos de las atenciones. Prevenir y/o manejar adecuadamente el riesgo legal^x.

7. La gestión de riesgos implica: eventos prevenibles- prevención o control y asesoría jurídica calificada. Eventos no prevenibles:-reconocimiento, mapa de riesgos.-identificación- aceptación-priorización y categorización.- Transferencia de riesgos (Vg. consentimiento informado).- Aseguramiento de riesgos (Vg. pólizas de R.C., entre otras).- Aplicación de políticas de resarcimiento: para corregir daño o limitar su extensión.

8. Algunas ventajas de la gestión de riesgos son: mejora la relación con el paciente; mayor calidad, seguridad, satisfacción del usuario; relaciones a largo plazo; genera mayor prestigio institucional y profesional. Permite mayor y mejor conocimiento de los riesgos de la institución y del profesional, de las fortalezas y debilidades, etc. Aumenta eficiencia en uso de recursos y estabilidad económica. Genera

confianza en relación con la institución y con el profesional^{xi} respectivo.

II- ACERCA DEL MARCO GENERAL DE LAS RESPONSABILIDADES JURÍDICAS QUE PUEDEN APLICARSE EN EL SECTOR DE LA SALUD.

9. En la mayoría de nuestros países, las personas, individuales (profesionales o comunes) y colectivas, inmersas en el sector de la salud, pueden asumir responsabilidades jurídicas de múltiples clases. Algunas son de naturaleza *sancionatoria* (no requieren causar daño) y otras son de naturaleza *indemnizatoria* (si requieren causar daño jurídicamente indemnizable).

10. Las principales responsabilidades jurídicas de naturaleza sancionatoria que pueden afrontar los profesionales sanitarios son disciplinarias, ético-profesionales, administrativas, penales, entre otras. También los profesionales sanitarios pueden asumir responsabilidades de naturaleza indemnizatoria [responsabilidad civil de los particulares y la administrativa indemnizatoria del servidor público].

11. La responsabilidad Ético-profesional o disciplinaria que se le puede imponer a algunos profesionales sanitarios, normalmente se les aplican cuando estos incurren en violación a las normas deontológicas que regulan cada profesión, como por ejemplo, las que imponen el deber de información, el deber de obtención de la voluntad del paciente en forma idónea y de acatamiento de la misma, el deber de guardar el secreto profesional, el de elaborar, conservar y manejar adecuadamente las historias clínicas, el de no exponer a los pacientes a riesgos injustificados, el de sólo utilizar ayudas diagnósticas y terapéuticas debidamente reconocidas por las instituciones científicas y sólo utilizar procedimientos experimentales en los casos en que excepcionalmente se encuentra permitido por el ordenamiento jurídico; etc.

12. A los profesionales sanitarios también se les puede aplicar Responsabilidad penal por la posible comisión de diferentes conductas punibles, entre ellas algunos delitos, **especialmente culposos**, como aquellos contra la vida e integridad personal. Por

ejemplo, el de homicidio culposo, homicidio por piedad, lesiones personales culposas, lesiones al feto culposas, el aborto (y toda su problemática frente a las distintas condiciones en que puede ser cometido y la despenalización en algunos países, recientemente en forma parcial en Colombia, cuando en su comisión se han dado ciertas circunstancias especiales de motivación de la conducta), omisión de socorro y manipulación genética, etc. Por otros delitos donde también tiene trascendencia la obligación general de respetar el derecho a la información, el ejercicio del derecho a la libertad-autonomía-intimidad y en forma especial, en algunos casos específicos como el de los delitos contra la autonomía personal (Vg. el de constreñimiento ilegal; inseminación o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Delitos contra la intimidad (Vg. divulgación y empleo de documentos reservados). Delitos contra la fe pública (falsedad en documento público, falsedad en documento privado, supresión, ocultamiento o destrucción de documento público y de documento privado). Delitos contra el patrimonio económico: Ej. Estafa. Delitos contra la salud pública: violación de medida sanitaria, propagación de epidemia, propagación de VIH., corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, etc. Entre muchos otros de posible comisión dentro del marco de la administración y prestación de servicios de la salud.

13. Según el Dr. Jaime Lombana Villalba, reconocido penalista colombiano, *“El material doctrinal sobre DP médico es abundante en la dogmática alemana y española, lo que demuestra que los operadores jurídicos en lo penal deben ser cada vez más profundos en el análisis de una eventual responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica, pues por su propia evolución científica cada vez se admiten menos errores por parte de los galenos, siendo pertinente reconocer la poca previsibilidad del comportamiento y de las reacciones del cuerpo humano”^{xii}.*

14. Así por ejemplo, el mencionado autor, al citar a CORCOY BIDASOLO, señala que: *“El consentimiento informado resulta determinante a la hora de valorar la intervención médica como delito de lesiones o no sin que importe el respeto de las reglas del lex artis. Se entiende como regla general, con excepciones sobre las que trataré adelante, que la ausencia de consentimiento informado de*

parte del paciente, debe tener relevancia jurídico penal, aún cuando mejore su salud física o disminuya el riesgo de muerte^{xiii}.

15. Por su parte, las instituciones de salud, tanto las administradoras-aseguradoras, como las prestadoras de esta clase de servicios, se están viendo enfrentadas con mucha frecuencia a procesos jurídicos que tienen como finalidad la posible aplicación de responsabilidades de naturaleza eminentemente sancionatoria, como las *administrativas* en sus diversas modalidades y matices, Vg. provenientes de los diferentes órganos de Vigilancia, Inspección y Control del Sistema de Salud respectivo (Vg. por incumplimiento de los estándares necesarios en materia de habilitación dentro del Sistema para la Garantía de Calidad); e *indemnizatorias* (Civil o Patrimonial del Estado según se trate de una persona jurídica de naturaleza privada o pública).

III- ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA INTERNA QUE PUEDEN APLICAR LAS INSTITUCIONES DE SALUD A SU PERSONAL DE SALUD, SIEMPRE QUE SE HAYA HECHO LA REGULACIÓN PREVIA SUFICIENTE Y PERTINENTE.

16. De acuerdo con la sentencia del 31 de Marzo de 2003, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Exp. 71-41. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, las instituciones de salud, bien pueden establecer en sus reglamentaciones internas la obligación a cargo de los profesionales sanitarios, de cumplir las normas éticas respectivas. igualmente pueden en esas reglamentaciones prever sanciones por el incumplimiento de dichas normas éticas. Pero no podrán imponer sanciones cuya competencia es exclusiva de los Tribunales de Ética.

17. Algunos apartes importantes de dicha sentencia son: "En efecto, en la solicitud de admisión (fls. 181 a 187 cdno uno), documento aportado por el demandante y debidamente firmado por éste, cuyo encabezado tiene la leyenda: Centro Medico de los Andes, Fundación Santa Fe de Bogotá, se expresa lo siguiente "He recibido y leído los Estatutos, normas y regulaciones del Cuerpo Médico del Centro Médico de los Andes y que en el caso de ser aceptado

prometo cumplirlos" y "también aceptaré y cumpliré todas las modificaciones de estos Estatutos, normas y regulaciones que el Hospital y el Cuerpo Médico del CMA adopten en el futuro".

18. Igualmente, en el Reglamento del Cuerpo Médico de la FSFB (fls 152 a 159 cdno uno), se establece en su capítulo de definiciones que "la Fundación Santa Fe de Bogotá (FSFB) es una entidad sin ánimo de lucro fundada en 1972"; que entre los principales programas desarrollados por esta se encuentra "el Centro Médico de los Andes (CMA)"; que "la FSFB tiene un cuerpo médico integrado por profesionales altamente calificados, los cuales participan activamente en los diferentes programas de la Institución" y que el reglamento representa el conjunto de principios, objetivos y normas que los profesionales del área de la salud aceptan voluntariamente al ingresar a formar parte del cuerpo médico de la FSFB"; que es miembro del cuerpo médico de la Fundación Santa Fe de Bogotá el "médico o profesional en el área de la salud a quien se le conceden prerrogativas para que ejerza su profesión en los diferentes programas de la FSFB incluyendo el del CMA. Al ingresar a formar parte del cuerpo médico de la FSFB el médico o profesional en el área de la salud acepta a su vez en forma voluntaria este reglamento, los reglamentos del hospital y las normas o regulaciones de su Departamento o Sección". (Se subraya, fl.153 voto); que la Junta administradora de la FSFB, es concebida como "un grupo de personas en quien la asamblea de fundadores ha delegado la dirección, administración y supervisión de todos los programas de la FSFB. En esta reposa la autoridad y responsabilidades últimas en relación con todos los programas de la FSFB incluyendo el del CMA", siendo además la facultada para autorizar las prerrogativas médicas y para revocar la suspensión de las mismas, que haya sido impuesta a cualquier miembro del cuerpo médico del CMA (cap. IV art. 1, cap. VI Arts 7 y 9)".(Resaltado nuestro).

19. b) Ahora bien, la ética no es, no puede ser, materia, ni tampoco preocupación exclusiva del legislador, sin perjuicio de que éste, legítimamente, pueda ocuparse de disciplinar algunos aspectos puntuales que a ella conciernan, tal y como acontece en Colombia (Ley 23/81 y 35/89), por vía de ejemplo, en punto tocante con la factura y con el manejo de la historia clínica, de tanta significación en el campo médico (art. 34), a diferencia de lo que tiene lugar en otras

latitudes, en las que regulaciones colegiales son las que se ocupan de su disciplina. Ello explica, en el ámbito reglamentario, como es enteramente posible, a fuer que lícito, que las clínicas, hospitales, centros de salud, etc., puedan incluir en sus reglamentos internos referencias - generales o específicas- a la ética e, incluso, disposiciones encaminadas a que la prestación de los servicios médicos se inscriba en un marco de escrupuloso acatamiento de los dictados y cánones que la estereotipan, tal y como tiene lugar, por vía de referencia, de cara al pluricitado reglamento del cuerpo médico de la FSFB, en el que aludiendo a la ley 23 de 1981, se estableció que "por tratarse de una ley de la República, el Cuerpo Médico de la FSFB se acogerá a las normas y procedimientos que establece" (fl. 56 cdno 1), sin perjuicio de precisar, con un carácter previo y general, que "Los miembros del Cuerpo Médico de la FSFB adoptan como suyos los principios éticos tradicionales de la profesión...".

20. Expresado en términos más concretos, no es la Ley 23 de 1981 en Colombia, el único continente llamado a albergar disposiciones, preceptos o tópicos atinentes a la ética, habida cuenta de que, por su amplio alcance y radio de acción, permea toda la ciencia médica y con ella, cualquier regulación, incluida la de estirpe interna y reglamentaria, a la que no es ajena, por tanto, sino enteramente afin. No en vano, conforme se acotó, la ética se remonta en el ejercicio galénico, desde tiempos inmemoriales, muy antes que el legislador o los colegios profesionales se ocuparan de ella". (Resaltado nuestro).

21. (...) "Luego un determinado comportamiento en desmedro de la ética, y por ende, de la profesión médica, puede dar lugar a diferentes clases de responsabilidad disciplinaria, lato sensu: la ético-profesional a que se refiere la precitada ley (art. 63); la disciplinaria, stricto sensu, exigida a los profesionales de la salud que sean funcionarios públicos (ley 734/2002), y la estatutaria o laboral que tiene su fuente o manantial en reglamentos, estatutos, contratos de trabajo entre varios (art. 42, ley 23/81), conforme lo tiene establecido la doctrina², como complemento a otras clasificaciones y catalogaciones, algunas de ellas, incluso, que trascienden el ámbito puramente disciplinario (ex dispari causa). De allí que, la tipología y el régimen de la responsabilidad de los facultativos, con miras a no generalizar, estará ligada a cada relación y caso concretos, dada su diversidad, a la par

que sus alcances y contornos propios. En este orden de ideas, no toda falta o quebrantamiento a la ética, per se, necesariamente, entraña violación exclusiva, específica, y puntual a la ley en comentario, ni tampoco todo juicio de valor enderezado a auscultar su acatamiento o preterición, según las circunstancias, exige que inexorablemente lo haga el Tribunal de Ética Médica, instituido por la precitada preceptiva para " ...conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia" (art.63). Si así no fuera, el único ente que podría examinar, valorar o tomar en cuenta una determinada conducta a la luz del candil ethicus, sería dicho Tribunal, en contravía de su antiquísima vigencia generalizada en la medicina, y de su arrolladora fuerza intrínseca, presente en todas las fases del acto médico, rectamente entendido (proyección plurifásica). Al fin y al cabo, a manera de monopolio ético, no se le atribuyó tal misión al anunciado Tribunal, lo que no quiere decir, porque no se opone de ninguna manera a lo reseñado, que el mismo tiene a su cargo ciertas labores que, por exclusivas, ministerio legis, ningún organismo puede usurpar, ad exemplum, las referentes a la suspensión pro tempore de la profesión, por manera que hacerlo, a las claras, sí supondría diáfana violación legal, precisamente por arrogarse una competencia, ab initio ajena (art. 83, ibidem)".

IV- SOBRE LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA SANITARIA.

22. La responsabilidad indemnizatoria comúnmente llamada médica, sanitaria, es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados ilícitamente a otro, por la fabricación, comercialización, prestación, administración, etc., de productos o servicios de la salud^{xiv}.

23. En materia de responsabilidad indemnizatoria en el ámbito de la salud, es necesario hacer varias distinciones. Entre ellas, diferenciar si el demandado es una persona natural o una persona jurídica ya que existe una marcada tendencia internacional a considerar que la responsabilidad del personal o profesional de la salud debe seguir siendo de naturaleza subjetiva como regla general [requiere culpa en la generación del daño], lo que no impide que se le pueda aplicar responsabilidad de naturaleza objetiva en algunos excepcionales casos (incumplimiento puro y simple, cumplimiento

moroso, incumplimiento de obligaciones de resultado, responsabilidad por actividades peligrosas, por creación de un riesgo injustificado, etc.). *como regla general, en esta responsabilidad indemnizatoria que se le aplica a los profesionales sanitarios y a las personas naturales inmersas en el sector de la salud, la carga de la prueba de la culpa la tiene el o los demandantes y dichos profesionales o personal sanitario puede demostrar la diligencia y cuidado con que actuó, como también la causa extraña^{xv}, como formas de exoneración de responsabilidad.*

24. Existe cierta tendencia a predicar una naturaleza objetiva de la responsabilidad indemnizatoria que se les puede aplicar a las instituciones sanitarias. Se han aplicado algunos criterios como mala organización de salud, concepto de empresa económica, aplicación de parámetros del derecho de consumo, infecciones intra-hospitalarias, daños desproporcionados, daños por material quirúrgico, por implantes, por faltas al deber de información, etc.

Lo que debe procurarse es de precisar en qué casos la responsabilidad indemnizatoria por la administración y prestación de servicios de la salud debe seguir siendo subjetiva (con culpa-falla del servicio) y en qué casos es de recibo su objetivación (se debe indemnizar el daño causado sin culpa, siempre que la conducta sea ilícita porque esta acompañada de un factor objetivo de imputación).

25. Cualquiera que sea la denominación que se le quiera dar a las obligaciones, lo cierto es que normalmente ene. Ordenamiento jurídico de la mayoría de nuestros países, no hay un régimen único de carga probatoria, ya que hay casos de responsabilidad contractual en los que la prueba de la culpa es requisito indispensable de dicha responsabilidad. Mientras que en otros existe una culpa presunta que se desvirtúa probando diligencia y cuidado. Hay otros casos, por el contrario, donde sólo exonera una causa extraña, y en las obligaciones dinerarias y en las de género, ni siquiera la causa extraña extingue la obligación del deudor^{xvi}.

26. El factor subjetivo de atribución en materia médica o científica en general, no puede partir de la falacia consistente en la exigencia de uniformidad de criterio médico-científico, porque normalmente éste

no existe en la inmensa mayoría de los casos. De lo que se trata es de preguntarse si la actuación del profesional-institución tiene o no justificación o respaldo científico por parte de alguna escuela o institución científica seria, es decir, *si cumple o no la lex artis ad hoc*. En caso de no encontrar justificación científica alguna, diremos que se incumplió la *lex artis ad hoc* y por tanto, se presentó el factor subjetivo de imputación (culpa o falla en el servicio).

27. Es fundamental distinguir la Responsabilidad Civil derivada de *daños causados por inejecución del contrato, en los cuales la R.C. es contractual, sin lugar a dudas*, y los causados *con ocasión del contrato*, los que en principio determinarían la naturaleza extracontractual de la R.C., pero que se discute dentro de estos últimos, hasta donde provienen del incumplimiento de una obligación contractual de seguridad. Hay también que distinguir la R.C. por los daños *directos*, esto es, los derivados de la inejecución del contrato (Vg. incumplimiento de la obligación principal) y los daños *colaterales* (incumplimiento de una obligación accesoria). Para ello es necesario establecer en cada caso el objeto mismo del contrato y las obligaciones asumidas por el deudor, y dentro de ellas diferenciar la *obligación principal* y otras *obligaciones accesorias*.

28. También hay que distinguir cuando los daños ocasionados provienen del incumplimiento de una obligación legal, caso en el cual se dice que el régimen de responsabilidad civil a aplicar es el extracontractual.

29. En la prestación de servicios de la salud, muchas veces los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama, son causados por el incumplimiento de una obligación contractual de seguridad. De acuerdo con ellas, el deudor se obliga a garantizar la integridad de las personas o las cosas que en virtud del contrato quedan bajo su cuidado, es decir, el deudor contractual adquiere la obligación de vigilar y cuidar la integridad de la persona que queda bajo su manejo. "La obligación de seguridad se presenta en todos aquellos contratos en que el acreedor físicamente queda bajo el control del deudor, de forma tal que sin esa especie de dependencia espacio-temporal, el deudor no tiene forma de cumplir su obligación principal^{xvii}.

30. "...la obligación contractual de seguridad en principio, existe única y exclusivamente mientras el paciente está recibiendo los cuidados del médico o del centro asistencial respectivo. Por tanto, cualquier daño que se produzca dentro de los locales del médico, profesional de la salud o centro asistencial, antes o después de los servicios prestados por éste o aquellos, sólo comprometen la responsabilidad extracontractual^{xviii}.

31. Para efectos de determinar como opera la carga de la prueba y la forma de exoneración en los casos de responsabilidad civil por incumplimiento de una obligación de seguridad habrá que preguntarse que previó el legislador al respecto, o las partes en el contrato o finalmente acudir a la teoría de la aleatoriedad del fin ultimo perseguido por el acreedor, al grado de diligencia al que se haya comprometido el deudor en ciertos casos, de acuerdo al estado de salud del paciente y a la onerosidad del servicio. A la determinación de si existe simplemente un riesgo despreciable de no conseguir el fin último perseguido por el acreedor, al grado de participación que haya tenido el paciente en el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor^{xix}, etc.

32. En materia de responsabilidad civil derivada de la administración y prestación de los servicios de la salud, frente a las víctima directas, la mayoría de las veces el régimen jurídico a invocar es el de la responsabilidad contractual, ya que normalmente los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende son causados a la víctima directa por el incumplimiento de una obligación asumida a través de un contrato válidamente celebrado entre el demandado y el demandante o bien porque pese a no existir dicho contrato directamente entre dichos sujetos procesales, se pueda predicar que el acreedor tiene una acción necesariamente contractual contra el subcontratista con quien el deudor contractual inicial había contratado la ejecución del contrato." ^{xx}

33. En materia de responsabilidad civil contractual se debe distinguir las obligaciones de medio o de simple diligencia y las obligaciones de resultado, que exigen para su cumplimiento la obtención por parte del deudor del resultado buscado por el acreedor contractual. Dicha distinción tiene trascendencia en

materia de carga de la prueba y forma de exoneración de responsabilidad.

La obligación es de medio o de simple diligencia cuando el fin perseguido por el acreedor con el cumplimiento de la obligación, no depende su obtención sólo de la buena diligencia y cuidado empleado por el deudor. El deudor cumple su obligación así no obtenga la finalidad exacta que llevó al acreedor a contratar, a condición de que el comportamiento del deudor sea prudente y diligente.

34. En las obligaciones de medio existe un mínimo resultado, realizar la conducta con la cual el deudor pretende lograr el beneficio mediato buscado por el acreedor. Por eso se dice que son obligaciones de resultado mínimo.

35. En las obligaciones de resultado, el deudor, salvo causa extraña, está en posibilidad de obtener el resultado buscado por el acreedor de la obligación.

36. "La tendencia está dirigida a atribuirle al tercero que ejecuta materialmente la prestación de la obligación contractual del primigenio deudor, responsabilidad contractual por el cumplimiento defectuoso de la misma, justificada en diversas tesis, que van desde una responsabilidad accesoria, pasando por el contrato a favor de tercero, hasta llegar a aquella que consulta la unidad y estructura de los vínculos dados entre el contratante inicial, el acreedor y el ejecutante material de la prestación en condición de agente o auxiliar del primero" ^{xxi}

37. La responsabilidad civil extracontractual tiene básicamente aplicación en los casos en que los herederos invocan la acción personal para cobrar sus propios daños y en los eventos de daños causados con ocasión de la atención o no a pacientes inconscientes en los servicios de urgencia.

38. En la responsabilidad patrimonial del Estado por prestación médico-asistencial normalmente no se distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual y cuando se hace, se invoca la extracontractual.

V- ACERCA DE LA PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS JURÍDICOS EN ALGUNOS TEMAS ESPECÍFICOS DE INTERÉS.

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

39. Se estima que un bajo porcentaje de los riesgos o complicaciones, son causados por la administración y/o prestación del servicio en forma ilícita (*normalmente por culpa*). Estos riesgos no se pueden trasladar al paciente, ni con su consentimiento, ni sin él.

40. Son riesgos no trasladables los siguientes: -Daños colaterales causados por incumplimiento de obligaciones de seguridad (de medio o de resultado). -Daños causados por investigaciones biomédicas (Colombia). Daños causados por incumplimiento de obligaciones de resultado (o en las que sólo libera la causa extraña). -Daños causados con cosas que despliegan actividad peligrosa y no utilizadas en la prestación del servicio al paciente (Colombia). -Daños causados con exámenes diagnósticos equivocados cuando el estado de desarrollo de la ciencia no admite riesgo de proceso (desarrollo) o margen de error, si se utiliza toda la técnica pertinente. -Daños causados con un producto de la salud mal elaborado. -Daños causados en intervenciones de cirugía estética de carácter embellecedor, cuando el cirujano se ha comprometido con un determinado resultado (la obligación es de resultado frente al embellecimiento prometido). -Cuando se le dice al paciente que el procedimiento al que se va a someter no tiene riesgos. Los generados injustificadamente por: ignorancia o error en los conocimientos técnicos o científicos (impericia). -Por falta de habilidades y destrezas (impericia). -Por error en el diagnóstico o en el

tratamiento escogido. -Por utilizar métodos no reconocidos por la ciencia médica. -Por exponer al paciente a riesgos injustificados (imprudencia). -Por aplicar un medicamento vencido. -Por utilizar instrumentos obsoletos. -Por no verificar la identidad del paciente (negligencia). -Por no leer la historia clínica del paciente. -Por dejar un cuerpo extraño en el organismo del paciente. -Por no tomar las precauciones de higiene. -Por no preocuparse por la evolución postoperatoria del paciente. -Por actuar sin título de idoneidad (violación de reglamentos). -Por aplicar un medicamento prohibido, etc. etc.

41. Otra causa potencial de riesgos jurídicos de carácter indemnizatorio son las infecciones intrahospitalarias, generadas a los pacientes. Algunos jueces y tribunales han considerado que cuando un paciente es infectado intrahospitalariamente, es porque el centro asistencial incumplió una obligación de seguridad determinada o de resultado, caso en el cual sólo liberaría de responsabilidad, la prueba de una causa extraña. Se propone gestionar este riesgo, justificándolo, con la indicación médica del procedimiento a través del cual se generó la infección. También hay que Informarle al paciente previamente que no es posible garantizarle en un 100% que no saldrá infectado. Dejando constancia de la aceptación de este riesgo por parte del paciente o de su representante(s). Demostrando la diligencia y cuidado en materia de cumplimiento de estándares de bioseguridad, y del Proceso de Prevención y Control de Infecciones, etc.

42. Otra fuente de riesgos jurídicos en el sector de la salud es la denominada responsabilidad por trabajo en equipo. En Colombia, se abrió paso principalmente a partir de la sentencia 18 de mayo de 2005 Sala Civil C. S. de J. Colombia, M.P. Jaime Alberto Arrubla Pucar, en la cual dicha sala dijo lo siguiente :“ En el caso, la imputación de responsabilidad al facultativo demandado, provino de su coparticipación en la acción productora del daño, como miembro del equipo médico que realizó la intervención quirúrgica en la cual se dejó un cuerpo extraño al cerrar la cavidad abdominal de la paciente, grupo a todos cuyos integrantes atribuyó el sentenciador el comportamiento culposo generador

del perjuicio, al señalar que “...este descuido-se refiere a no tener la precaución de revisar la región en la que se practicó la operación- provino de todo el equipo que intervino en la operación” hecho que además juzgó más reprochable respecto “de quienes actuaron como director y primer auxiliar”, es decir, de los doctores Beltrán Mejía y Ardila Cuellar, por tener a su cargo “la supervisión de la actividad del resto del personal interviniente”. (Pág. 21 Sentencia-Resaltado nuestro). Por ello sugerimos que queden muy claras las funciones de los miembros de un equipo, incluso en manuales, para efectos de poder determinar el autor del daño o quien no lo pudo ser y así tratar de evitar que todos los miembros del equipo quirúrgico respondan solidariamente.

43. En el sector de la salud existe temor de aplicar políticas de resarcimiento para limitar la extensión de la iatrogenia o del daño corporal, dado que normalmente se han considerado como un indicio grave de responsabilidad en contra del médico o de la institución asistencial o aseguradora. Un ejemplo positivo en el cual no se calificó probatoriamente, la aplicación de una política de resarcimiento como un indicio en contra, fue el de la sentencia del 30 de enero de 2001, Sala Civil Corte Suprema de Justicia. M.P. José Fernando Ramírez. Exp. 5507- Colombia.

CONCLUSIÓN:

La prevención y gestión de riesgos jurídicos debe ser un compromiso de todos con la protección de la vida, la salud y la justicia.

BIBLIOGRAFÍA:

- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia (editora), “Responsabilidad Civil y Patrimonial de Estado Derivada de la Administración y Prestación de Servicios de la Salud”.(Obra Colectiva) Colección Derecho Médico-Sanitario, Volumen I. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2003.
- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. Romeo Casabona, Carlos María (editores), “Derecho, Genoma Humano y Biotecnologías”. (Obra Colectiva) Colección Derecho Médico-Sanitario, Volumen II. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2004.
- BUERES, Alberto J. Responsabilidad Civil de los Médicos. 3a Edición renovada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2006.
- Lopez Mesa. Marcelo. J. Director. Tratado de Responsabilidad médica. Legis. 2007.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier; Sobre la Prueba de la Culpa Médica, Ed. Dike, 1995, Medellín.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier; Tratado “De Responsabilidad Civil”, Tomos I,II, Editorial LEGIS S.A. Santa Fe de Bogotá. 2007.
- JARAMILLO J., Carlos Ignacio; “Responsabilidad Civil Médica” Colección Ensayos 8, Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, 2002.
- GALÁN CORTÉS Julio Cesar, “Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado. Civitas”, Madrid. 2001.
- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia, " El Consentimiento Informado del paciente en la Responsabilidad Médica." Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997.
- DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, “Responsabilidad civil por actos Médicos, Problemas de Prueba”.Civitas, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ CALCERRADA Luís y De Lorenzo y Montero Ricardo, “Tratado de Derecho Médico”.
- PAREDES DUQUE, Jorge Eduardo." Responsabilidad Médica. Análisis por especialidades. "Gráficas Colombia. Cali. Colombia. 2004.
- YEPES RESTREPO, Sergio. "Responsabilidad Civil Médica". Editorial Diké. Medellín.
- LOMBANA VILLALBA, Jaime, “Derecho Penal y Responsabilidad médica”. Colección textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 2007.
- LOPEZ MESA, Marcelo J. Director. “ Tratado de Responsabilidad Médica”. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria. Editorial Legis. Editorial Ubijus. Bogotá, 2007.

Complementaria

- PENNEAU JEAN, La Responsabilité Médicale, Paris, Editorial Sirey, 1977.
- GALAN CORTÉS, Julio Cesar. Aspectos Legales de la Relación Clínica". Jarpyo Editores S.A. Madrid, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, La Empresa Médica, Ed. Rubinzal-Culsoni, 1998, Santafé-Argentina
- LORENZETTI, Ricardo Luis, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Rubinzal-Culsoni, 1997, Santafé-Argentina
- GHERSI, Carlos Alberto, Pensamiento Crítico, 1997.
- GHERSI, Carlos Alberto. Coordinador. Agoglia, Mesa, Benítez, Sobrino, Castaño de Restrepo, Vázquez Ferreyra, Weingarten. Responsabilidad Médica. Ediciones Forense. Buenos Aires. 1998.
- GHERSI, Carlos Alberto, Responsabilidad Medica, Ed. Ediciones Forenses, 1998, Argentina
- GHERSI, Carlos Alberto, Director. "Derechos de los pacientes al servicio de Salud". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina, 1998.
- GHERSI, Carlos Alberto. Coordinador. "Contrato Médico y Consentimiento Informado" (Castaño de Restrepo, Weingarten, Lovece, GherSI), Editorial Universidad, Buenos Aires, República Argentina, Octubre 2001.
- GHERSI, Carlos Alberto, director. Colección sobre "Responsabilidad Profesional". Volúmenes 1,2,3,4,5,6. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995 a 1999.
- MARTINEZ RAVE, Gilberto. Castaño de Restrepo María Patricia, y otros. "Responsabilidad por Transmisión de Enfermedades". Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, Colombia, 1995.
- VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. Tallone Federico. "Derecho Médico y Mala Práxis. Criterios

doctrinarios. Selección de Jurisprudencia Civil y Penal. Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2000.

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, "Derecho Médico Peruano", Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial. Primera edición. Lima. 2001. Romeo Casabona, Editor, "Genética y Derecho Penal". Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001.
- EMALDI CIRIÓN Aitziber, "El consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas". Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001.
- VELOSO DE FRANSA Genival. "Direito Médico". BYK Fondo Editorial. Sao Paulo. Brasil. 2003.
- MEIRELLES G. Julio César; De Freitas D. Jose Geraldo, Veloso de F. Genival, Erro Médico, Ed. Editora Unimontes, 2ª edición, 2000, Brasil.

Sentencias:

- Sentencia C-264 del 13 de Junio de 1996. Corte Constitucional. Expediente No D-1139. (Secreto profesional médico. Reserva Historias Clínicas. Consentimiento informado).
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de enero de 2001, Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez, Expediente No 5507.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 11 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez, Expediente No 6430.
- Sentencia del 30 marzo de 2004. Sala Civil-Familia, Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Bohórquez Orduz.
- Sentencia del 26 de Julio de 2004. Sala Civil-Familia, Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Bohórquez Orduz. (Sentencia que sustituyó la anterior).

- Sentencia del 11 de marzo de 2005. Sala Civil. Tribunal Superior de Medellín.
- Sentencia del 15 de Febrero de 2005. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar. Carmenza Pinedo Castillo, contra COOMEVA E.P.S.
- Sentencia del 24 de Enero de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 13 de Septiembre de 2002. exp. 6199. Magistrado ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 26 de Septiembre de 2002, Expediente 6878, M.P: Dr. Jorge Santos Ballesteros.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 27 de Septiembre de 2002, Expediente 6143. M.P: Dr. Nicolás Bechara Simancas.
- Sentencia de Marzo 19 de 2003. Sala Civil. Tribunal Superior de Medellín.
- Sentencia de Mayo 28 de 2004. Sala Civil. Tribunal Superior de Medellín.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 18 de Mayo de 2005, Expediente 14.415. M.P.: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar. (Responsabilidad por trabajo en equipo).
- Entre muchas otras.

ⁱLa mayor parte del texto de este artículo ha sido tomado, del tema que lleva el mismo nombre y publicado en la obra colectiva "Derecho Médico-Sanitario. Actualidad, Tendencias y Retos", que reúne las memorias del Primer Congreso Internacional de Derecho Médico-Sanitario, realizado por la Universidad del Rosario de Colombia, en octubre de 2006, evento auspiciado por la SIDEME y otras organizaciones internacionales.

ⁱⁱ Así por ejemplo, cuando hablamos de responsabilidad disciplinaria, la conducta reprochable debe ser lo que constituya una "falta disciplinaria", la cual surge por

violación a determinada clase de normas. Cuando hablamos de responsabilidad Penal, la falta o conducta reprochable, se denomina "conducta punible", y puede ser delictual o contravencional. Cuando hablamos de responsabilidad civil, la conducta reprochable se denomina en términos generales "hecho dañoso", y así sucesivamente. Cada clase de falta tiene sus propias características, porque en general, para su configuración exige la violación a cierta clase de normas.

ⁱⁱⁱ No es el mismo órgano jurisdiccional quien aplica una responsabilidad disciplinaria como la ético profesional al médico (en Colombia, son los Tribunales de Ética Médica, en otros países son los colegios médicos), que quienes aplican responsabilidad penal (justicia penal) o quienes aplican responsabilidad civil (normalmente la justicia Civil, aunque en Colombia, tenemos serios conflictos de competencia para aplicar las responsabilidades indemnizatorias: justicia civil, justicia laboral, justicia contencioso- administrativa).

^{iv} Por ejemplo, en Colombia y otros países, la justicia penal, al aplicar responsabilidad penal por la comisión de un delito, puede aplicar penas privativas de la libertad como prisión, o una multa o suspender o limitar el ejercicio de ciertos derechos, como el ejercicio de una profesión arte u oficio. Pero cada delito contempla las penas específicas que pueden ser aplicadas por el juez, dentro de un marco de cierta discrecionalidad justificada. Como regla general, en nuestros países, un juez civil, no puede aplicar una pena de prisión al imputarle responsabilidad civil a alguien y por ende a un profesional de la salud. No obstante hay consecuencias jurídicas o sanciones como las multas que pueden ser aplicadas por varios órganos, competentes para aplicar diversas clases de responsabilidades jurídicas, sin que estén aplicando la misma. Así por ejemplo, un juez penal puede aplicar una multa, como sanción al imputar responsabilidad penal. También lo puede hacer un órgano de Inspección, Vigilancia y Control del sistema de Salud respectivo, por ejemplo, en Colombia, la Superintendencia Nacional de Salud, pero al imputar responsabilidad administrativa, dentro del ámbito de su competencia.

^v Así por ejemplo, la responsabilidad disciplinaria del servidor público, se aplica cuando el destinatario de la misma ha violado ciertas normas disciplinarias. En Colombia, consignadas en la ley 734 de 2002- Código Único Disciplinario.

^{vi} Posiblemente los abogados laboralistas no estén de acuerdo en que a un contratista se le puede imponer una responsabilidad disciplinaria sin convertir su relación civil en laboral. Lo que ocurre es que el sector de la Salud está tan intervenido estatalmente, y son tantas las normas imperativas que las entidades de salud contratantes tienen que hacer cumplir por parte tanto de sus trabajadores y

contratistas, que pueden existir excepciones a la regla general de la facultad disciplinaria sólo a cargo de un patrono.

vii Tomado de la conceptualización escrita por MARIA PATRICIA CASTAÑO DE RESTREPO, en varios artículos y presentada en conferencias y de la cual partió el desarrollo del tema de la denominación del programa de especialización de la Universidad del Rosario.

viii Tomado del tratadista Chileno Francisco Miranda Suárez. Miembro de la directiva de la SIDEME.

ix Adaptado del concepto de evento adverso – riesgo médico legal tomado del tratadista Chileno Francisco Miranda Suárez. Miembro de la directiva de la SIDEME.

x Idem.

xi Idem.

xii “Derecho Penal y Responsabilidad médica”. Colección textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá . 2007. Pág. 27.

xiii Ob. Cit. Pág. 61.

xiv Adaptación de definición de Responsabilidad civil del profesor Javier Tamayo Jaramillo.

xv Evento jurídicamente ajeno al causante aparente del daño. Ejs: El hecho o la culpa exclusiva de la víctima (no observó las recomendaciones médicas), El hecho o la culpa exclusiva de un tercero (Ej. El golpe al paciente en los ojos por parte de un tercero, daño la cirugía de Blefaroplastía bilateral). Etc.

xvi Invocando al tratadista Javier Tamayo Jaramillo, en el prologo de un libro no editado.

xvii Idem.

xviii Idem.

xix Invocando a Javier Tamayo J, y a la Sala Civil de la Corte de Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 18 de Octubre de 2005, expediente 14.491.

xx Pag. 33, sentencia del 11 de septiembre de 2002. Sala Civil Corte Suprema de Justicia. MP. José Fernando Ramírez.

xxi Pags. 38 y 39 sentencia en mención.

ACTIVIDADES DE MEDIOS O RESULTADOS EN DERECHO MÉDICO

Jorge Paredes

Mucho se ha hablado y especulado sobre cuales áreas de la responsabilidad médica son de medios o de resultado. Esto sucede, debido a las enormes implicaciones procesales en los procesos judiciales en los cuales se cuestionan la responsabilidad de los médicos, en el ejercicio de su profesión. Al respecto, existen muchos conceptos de diferentes tratadistas, además de jurisprudencia en el ámbito nacional e internacional, a lo cual últimamente se ha agregado el concepto de actividades de medios acentuadas.

Desde el punto de vista histórico se discute sobre quien fue el primero en introducir el término "medios o resultados"; no hay un consenso, pues Bueres, citado por Ferreiraⁱ, expone al respecto:

"La doctrina más calificada rastreó atisbos en el derecho Romano y en las obras de Domat, Glasson, Planiol y Gabba. Pero la mayoría de los autores le atribuyen a René Demogue, para el cual el término resultado, es que se esperaba, o se garantizaba algo concreto y preciso. Por lo que el deudor, en este caso el médico, estaba obligado a obtenerlo".

El término *medios* se aplica a los procedimientos médicos, en los cuales el resultado no se puede garantizar porque entran en juego el azar y variables no previsibles. Aquí se aplica el término "*alea*", esto indica que, a pesar de todas las buenas intenciones del médico, la diligencia, cuidado y recursos disponibles u óptimos empleados por él, en el momento de realizar un tratamiento o una intervención quirúrgica, el resultado no se puede garantizar, el médico emplea la diligencia y el cuidado y espera un resultado ideal para el paciente, sin embargo no puede conocerse o anticiparse el resultado final, por el hecho de existir imprevistos. Para conocer el resultado final, tiene

que darse el hecho, no se puede asegurar el estado del paciente al final del tratamiento o terapia. Algunos autores denominan a las actividades de medios como de prudencia y diligenciaⁱⁱ. Esto es lo que se denomina responsabilidad de medios.

El término resultados, es cuando este debe darse, hay un compromiso de un fin determinado, la importancia de lo anterior radica según Bueresⁱⁱⁱ en que, en la actividad de resultado la responsabilidad es objetiva y en la de medios es subjetiva, es decir, la diferencia es que en la de resultado basta el daño y el nexo causal aún sin la culpa para entrar a responder, mientras que en la de medios debe darse el daño, la culpa, en cualquiera de sus variedades, y el nexo causal. Lo anterior indica que en la actividad de medios el médico no va a ser culpable por no obtener el resultado siempre, y cuando esta no-obtención, esté dentro de una actuación médica adecuada, mientras que en la de resultado, según esta teoría, para ser responsable sólo basta la no obtención del resultado prometido o pactado, independientemente si este dió con culpa o no. Este concepto fue manejado por el Dr. Bueres quien actuando como magistrado señaló.^{iv}

"La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado tiene valor sustancial, dado que sirve para individualizar el factor de atribución, en las primeras el criterio de imputación es la culpa, mientras que en las últimas la responsabilidad es objetiva".

La jurisprudencia y doctrina internacional y los hermanos Mazeaud desarrollaron estas ideas, llamando obligaciones determinadas a las de resultado, y obligaciones de prudencia y diligencia a las de medios. Igualmente lo ha hecho el jurista argentino Trigo Represas^v.

Con lo anterior, si un área de la responsabilidad médica es de medios, significa que se deben emplear todos los recursos disponibles para alcanzar o lograr el resultado exitoso. Aquí, lo más importante es que persiste la presunción de inocencia, hasta que se demuestre lo contrario. En este caso, la carga probatoria es obligación de quien demanda. El médico sólo estará atento a su defensa, de acuerdo con las pruebas presentadas. De no presentarse ninguna prueba, es inocente o no tiene obligación de indemnizar. En este punto, es bueno considerar que, si un médico no tiene los medios disponibles en su consultorio, clínica o zona geográfica se debe considerar la posibilidad de remisión al centro más próximo, en el cual se le puedan suministrar los medios adecuados. Pero debe además garantizar el transporte adecuado del paciente, y enviar una nota de remisión adecuada, con el correspondiente resumen de historia clínica, los diagnósticos de trabajo y bajo qué condiciones lo remite, ya que su responsabilidad no termina con la simple remisión, sino cuando el paciente es recibido en el otro centro asistencial. Luego el paciente durante la remisión es responsabilidad del médico remitente contrario a lo que pudiera pensarse, por esto en caso de un cuadro catastrófico puede ser necesario que el médico acompañe personalmente al paciente brindándole todos los medios que tenga a su alcance para evitar daños, o el empeoramiento del cuadro clínico.

En caso de no poder remitirse al enfermo, en una urgencia, por condiciones geográficas, sociopolíticas o de diversa índole, el médico debe trabajar con lo que tenga a su alcance para tratar de mejorar al paciente o estabilizarlo, a fin de evitar complicaciones. Aquí el caso, sería considerado como un estado de necesidad justificante, y el médico deberá actuar con el consentimiento del paciente o de sus familiares, explicando la situación que está sucediendo en forma clara, de lo cual deberá quedar constancia por escrito en la historia clínica idealmente firmada también por el paciente o su representante legal.

La responsabilidad de resultado significa que si este resultado no se cumplió, no se obtuvo lo prometido o lo pactado, al paciente y a su apoderado sólo les compete demostrar el daño (la no obtención del resultado pactado) y el incumplimiento del

contrato. No les corresponde demostrar la falla o aportar la prueba, ni establecer el nexo causal. En estos casos, la carga probatoria se invierte, pues el médico es culpable hasta que demuestre que es inocente y sólo se podrá liberar por caso fortuito, fuerza mayor, por culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

El aspecto medular de estas teorías está determinado por presencia o ausencia de aleas o la imprevisibilidad de ciertos hechos, cuando no existe alea, la actividad es de resultado pues no está sujeta a imprevistos, luego mi análisis está centrado en si esta teoría tiene cabida en los actos médicos, pues los principios generales del derecho impiden prometer o pactar imposibles, estos principios generales del derecho son fuentes de derecho de orden constitucional en nuestro país (Art. 230 Constitución Política de Colombia) y en general son fuentes de derecho de los países occidentales.

Desde el punto de vista histórico textos de la década de los ochentas y autores como Achaval decían^{vi}: *“Las obligaciones de resultado o determinadas se tendrán vigentes cuando está prometido el resultado de la atención médica como tal, es decir, el medio ha llegado a su fin y éste y la finalidad son evaluables. Aquí podemos mencionar la realización de medios auxiliares de diagnóstico como el ejercicio de la especialización de la anatomía patológica, la realización de análisis clínicos, y la llamada cirugía de resultado (operaciones simples, cirugía estética, cirugía reparadora). En todos estos casos, el deudor (médico) prometió un resultado y responde por él mientras no pueda invocar como único eximente el caso fortuito o la fuerza mayor”.*

Cabe anotar que para algunos autores, esta clasificación no tiene mayor importancia, a lo cual se refieren las posiciones asumidas por Borda y de la Fuente, citados por Ferreira^{vii}, quien comenta al respecto: *“No es exacto que en las obligaciones de medios, el acreedor (el demandante) deba probar la culpa del deudor (médico). A él le basta con probar el incumplimiento. Consideramos el ejemplo que habitualmente se indica como típico de este género de obligaciones: un médico se compromete a prestar asistencia a su paciente. A éste le basta con probar que el médico no lo asistió ni visitó nunca para poder reclamar daños; si el profesional quiere eximirse de*

responsabilidad, debe demostrar que medió una causa de fuerza mayor que le impidió cumplir”.

Es claro que lo anterior se puede perfectamente aplicar, en los casos en que el médico se comprometió a atender a un paciente y no lo realizó, también cuando quedó de realizar una intervención quirúrgica para una fecha determinada y esta no fue realizada pese a la asistencia del paciente. En este caso, se efectúa un incumplimiento total y obvio, un incumplimiento puro y simple del contrato. Pero, cosa muy distinta sucede cuando se presta el servicio y el resultado no se obtiene lo que generalmente pasa en los casos de las reclamaciones por actos médicos. En este caso, no es tan fácil asumir dicha situación ya que hay que demostrar la causa del daño, la culpa y el nexo causal.

En la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera mayoritariamente han tenido en cuenta la diferenciación entre responsabilidad médica de medios o de resultados, con sus respectivas implicaciones, en algunas de ellas en forma muy clara, en otras no tanto, como se ilustrará a continuación

Al respecto, destaca el Jurista Luis Serrano Escobar, la actuación del 20 de mayo de 1936 de la Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa, la cual sentó jurisprudencia al expresar:

“Entre el médico y su cliente se perfecciona un verdadero contrato, que implicará para el práctico, la obligación, sino, tan evidente de curar al enfermo, al menos de prestarle cuidados, concienzudos, solícitos y, haciendo la reserva de circunstancias excepcionales, basando su decisión, en que la práctica de la medicina es muy aleatoria, en donde el diagnóstico es el hecho de un trámite lógico cierto en gran parte, pero también de planteos sucesivos que pueden llegar al grado de alea en donde se puede triunfar o fracasar^{viii}”.

Por esta misma línea en Colombia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, inició la jurisprudencia nacional sobre el tema, el 5 de marzo 1940, en la cual asentó:

“El facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente, los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no-curación de este”.

La Corte Suprema de Justicia, nuevamente en sentencia del 3 de noviembre de 1977, consideró que, por lo regular, las obligaciones que para los médicos surgen, son de medio. Razón por la que no se obligan a sanar al enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado^{ix}.

Igual consideración ha hecho la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-313 de 1996, en la cual por fallo de revisión de tutela fallada inicialmente por Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, accionante: Graciela Plaza de Silvera, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte señala:

“Obligación de Medio, la comunicación de que la obligación médica es de medio y no de resultado, es jurídicamente evidente, luego no hay lugar a deducir que se atenta contra el derecho a la vida de la paciente al hacerse saber cual es la responsabilidad médica”.

El tratadista argentino Roberto Vásquez Ferreira, expone:

- a) Como regla general los médicos asumen unas obligaciones de medios.
- b) En las obligaciones de medios la responsabilidad que surge de su incumplimiento es subjetiva pues debe quedar evidenciada la culpa del solvens.
- c) Lo relativo a quien debe probar la culpa del deudor en las obligaciones de medios, es un problema relacionado con la teoría de la carga probatoria^x.

Otro de los ilustres tratadistas argentinos Félix Trigo Represas, dice:

“Es fácil comprender que efectivamente, el deber de los médicos es en general de medios: atención diligente a idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los conocimientos científicos que el título presupone, en procura de su curación mas sin asegurar que ella se va a lograr. Y es tan así que a los facultativos les esta legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud, o anunciar agentes terapéuticos de efecto infalible (artículos 20 inciso 1,2 y 5 de la ley 17.132 de enero 24 de 1967, la cual regula la medicina la odontología y otras afines)”^{xi}.

El ilustre tratadista médico y abogado Galán Cortés expone^{xii}:

“Parece incuestionable que la obligación del médico es, en principio, de medios, dada que su parcela de actuación es inexacta, en tanto en ella interviene elementos extraños, de difícil previsibilidad, que pueden propiciar errores de muy distintas naturaleza. Si se exigiera la médico un resultado, sería tanto como enmarcar su actuación y, por tanto, la medicina en coordenadas divinales”.

El Tribunal Supremo Español en múltiples fallos ha considerado la actividad médica de medios^{xiii}, mediante sentencias de 12 de julio de 1988, de 2 de febrero de 1993, de 28 de marzo de 1993, de 29 de julio de 1994, de 16 de febrero de 1995, de 11 de febrero de 1997 y de 10 de noviembre de 1999.

Sergio Yepes Restrepo, tratadista colombiano, en su antiguo texto fundamentaba su posición citando a Fernández Costales y consideraba campos de las Ciencias de la Salud, tales como la Medicina Legal y Forense, la Anatomía Patológica, la Microbiología y la Parasitología, como ciencias cuya responsabilidad son de resultado^{xiv}. Yepes adiciona también los análisis clínicos, la bioquímica clínica, la postura de un yeso, el radiodiagnóstico^{xv}, también como campos de responsabilidad de resultados. Por fortuna este ilustre tratadista en su obra más reciente ya no expresa ni cita dichos conceptos.

Bueres^{xvi} expresa que los anatomo-patólogos, los biólogos y los cirujanos, en las intervenciones quirúrgicas de notoria simpleza y también en el

caso de cirugías estéticas, también cumplen una responsabilidad de resultados, en esto, se apoya en varios tratadistas entre ellos, Bustamante Alsina (Teoría general de la responsabilidad civil), Alterini (Obligaciones de medios y de resultados), Pennenau (La responsabilité médicale), Le Tourneau (La responsabilité civile), Savatier (Traité de la responsabilité en droit francais). En este último punto, muchos autores y la jurisprudencia coinciden, por lo cual, siendo éste un tema tan controversial, se trata en este libro en el Capítulo sobre Responsabilidad Médica en Cirugía Plástica y Estética.

También se han incluido la obstetricia^{xvii} y el banco de sangre^{xviii}. Es claro desde el punto de vista científico y técnico que hay actividades médicas de más riesgo que otras, pero decir que hay intervenciones quirúrgicas de notoria simpleza y por esto presumir que están exentas de riesgos y aleas, y por este motivo considerar que deben ser actividades de resultado, no es cierto desde el punto de vista científico; por citar unos ejemplos se han presentado casos de reacciones alérgicas extremas, no previsibles, a dosis únicas y simples de xilocaína, el anestésico más usado no sólo por médicos sino también por odontólogos, otro ejemplo es la muerte de un paciente al realizarle adecuadamente la prueba de alergia a la penicilina, el cual fue estudiado en el Tribunal de Ética del Valle, y por citar otro caso extremo, de alergia al látex de los guantes del cirujano^{xix}.

En la actividad médica hay hechos que no tienen riesgos o aleas, como el caso de las mediciones directas, calcular las dosis de medicamentos acorde con el peso corporal, el tamaño de las prótesis de seno, realizar el tratamiento cuando éste se ha convenido, más no el resultado en si, como el caso en el cual no se realiza intervención quirúrgica, habiéndose pactado en el contrato y siendo necesaria, lo que genera un incumplimiento puro y simple del contrato, también es de resultado la medición y control de los signos vitales.

Pero, de ahí a considerar que muchas de las especializaciones o áreas de la medicina son de resultados, podemos caer en un error.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia del 30 de enero del 2001 expresó en torno a este polémico asunto:

“Sin desconocerse la importancia de la distinción entre obligaciones de medio o resultado atribuida a René Demogue, utilizada por la Corte para hacer la distribución de la carga de la prueba, la corporación consideró que para efectos de saber cual era el comportamiento que debía asumir el médico, lo fundamental, antes de acudir a la abstracción teórica, estaba en identificar contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque este contrato específico es el que va a explicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil conforme lo autoriza el inciso final de la norma

El médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986, se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el “contrato se hubiere asegurado un determinado resultado” pues “si no lo obtiene”, según dice la Corte, “el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”, a no ser que logre demostrar alguna causa de “exoneración”, agrega la providencia, como la “fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”..

Con el fallo anterior estoy parcialmente de acuerdo, ya que si el médico se compromete o garantiza algo en un contrato, debe probar que realmente lo hizo,

es decir, si se comprometió a atender el paciente, que efectivamente lo atendió, si lo iba a operar que efectivamente lo operó, si se comprometió a prestar un servicio médico, que efectivamente lo prestó. Es lo que se conoce en derecho como “*pacta sunt servanda*”, que significa *hay que cumplir los pactos*.

Pero asegurar un resultado de curación total, de eliminación de la enfermedad, de que no hay ningún riesgo, de éxito estético total y a satisfacción del paciente, es otra cosa muy diferente y va en contra del estado del arte de la ciencia médica y de los preceptos éticos y legales de muchas normatividades y en contra de la naturaleza, *contra natura* y además contra los principios generales del derecho, como lo ilustraré a continuación.

En conclusión las actividades médicas que por la jurisprudencia y doctrina han sido consideradas de resultados aunque no en forma uniforme son:

- La cirugía estética
- El laboratorio clínico
- La obstetricia
- La patología
- La medicina legal
- La ligadura de trompas y la vasectomía
- La anestesia
- La medicina transfusional
- La cirugía refractiva
- La radioterapia.

Estado del arte médico sobre la infalibilidad de los tratamientos

No hay ningún medicamento que sea 100% seguro y exento de riesgos imprevistos, ni la misma aspirina o el acetaminofén, tan empleados y auto-medicados por los mismos pacientes, ni la penicilina que ha salvado millones de vidas, ni la xilocaína que nos ha librado de tantos dolores y ha permitido un sin número de tratamientos e intervenciones quirúrgicas, luego, cualquier medicamento es potencialmente riesgoso, riesgos que no siempre logran ser identificados en una buena práctica médica. Con respecto a las intervenciones

quirúrgicas, siempre al seccionar tejidos e ingresar a las cavidades hay un riesgo latente de infección intra-operatoria, que en términos generales fluctúa en el 3% de todas las intervenciones y el 20% de los pacientes con urgencias quirúrgicas intra-abdominales^{xx}. Luego a pesar de tratarse de un procedimiento quirúrgico sencillo el riesgo de infección está latente y correspondería al médico realizar 97 procedimientos para pagar los daños y perjuicios de los 3 infectados de cada 100 intervenciones que realice, lo que haría la medicina impracticable.

El médico no puede tampoco garantizar la cicatrización de los tejidos del paciente, la reparación de los tejidos es una compleja interacción de células, sustancias mediadoras de inflamación, componentes vasculares, inmunológicos y genéticos, algunos de ellos previsible y controlables, otros no.

Ahora consideraremos las áreas o especialidades que han sido consideradas de resultado.

Inicialmente y tal vez la más polémica, la cirugía estética, que se debe diferenciar de la plástica, en medicina, en términos generales se emplea el término plástica reconstructiva en el sentido de reparar, corregir, funcionalizar algunas partes externas del cuerpo, y está orientada a corregir los siguientes defectos: Malformaciones del nacimiento, funcionalización de la vía aérea, traumatismos, quemaduras, extracción de tumores, corrección de secuelas, resección o remodelamiento de cicatrices que causan limitación funcional, aplicación de injertos, entre otras. Mientras que la estética es una cirugía de vanidad, no por enfermedad orgánica, buscando la belleza, en estos casos se discute si se trata de un paciente o un cliente, lo que cambiaría las reglas del contrato y de las obligaciones, pero considero que jamás dejará de ser un acto médico y de darse una relación médico paciente entre el cirujano y la paciente.

LA CIRUGÍA ESTÉTICA ES DE MEDIOS. ARGUMENTACIÓN.

Analizados los diferentes puntos de vista relacionados con la responsabilidad médica, en

tratamientos de cirugía estética, procedo a fijar mi posición.

De no ser de medios, se estaría obligando al profesional de la medicina a violar la normatividad vigente, respecto al ejercicio de su profesión, en lo concerniente a la prohibición de garantizar un resultado, tal como lo establece el artículo 13 del decreto 3380 de 1981, que regula la Ley 23 de 1981 sobre ética y responsabilidad médica cuando dice:

“D. 3380/81. Art. 13. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico pueda comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión, dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”.

También, se estaría violando el Código de Ética Médica de la Federación Ibero-Latino-Americana de Cirugía Plástica, en su artículo 25 numeral B. En el caso de jurisprudencia y fallos argentinos, la Ley 17.132, de 1967 que regula el ejercicio médico, en su artículo 20 incisos 1,2 y 5, dicen: *“Está prohibido anunciar o prometer curaciones y/o resultados, fijando plazos o anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles. También es contrario a derecho, asegurar de cualquier modo que el fin perseguido se va a lograr”.*

Además, estaría en contra de la mayoría de los códigos de ética médica de todo el mundo, tal como lo afirma Vásquez Ferreira.

El ejercicio de la cirugía plástica y estética es una actividad legal, en la que las partes pueden convenir o pactar cláusulas, de acuerdo con la normatividad vigente, por lo que se aplicaría el principio del *“pacta sunt servanda”*, es decir, se cumple lo que se pacta.

Sería poco razonable desconocer la evolución histórica del consentimiento informado, en el cual se respeta la autonomía del paciente y su voluntad jurídica, ya que al firmar el paciente su respectivo contrato con el médico cirujano plástico y estético, conoce y acepta los riesgos.

No se actúa sobre una parte corporal convenida, sino en el organismo vivo e integrado, el cual puede responder de manera imprevisible, en algunos casos, por ejemplo con respecto a la reacción frente a la anestesia. No se opera una nariz como pudiera pensarse, se opera un paciente, la anestesia se le aplica al paciente, al igual que los medicamentos, la reparación y la cicatrización dependen de su estado inmune, endocrino, del aporte vascular, de la interacción de células y mediadores químicos y de la coagulación de la sangre, entre otros. No se puede comparar el moldear una nariz con el torno de un carpintero. En este aspecto se puede tener como referencia el concepto de BLAS ORBÁN quien considera que sólo deben ser actividades de resultado la colocación de determinadas prótesis que no requieren intervención quirúrgica como una dentadura o un miembro protésico^{xxi}.

Es una actividad que tiene aleas o imprevistos, algunos que no son siquiera identificables, tal como ya se analizó. Para dicha actividad, se requiere anestesia, actividad que no puede ser de resultado, pues pueden darse muchas reacciones imprevisibles. Los factores de cicatrización del organismo pueden ser impredecibles, tal como ya se dijo. Aquí influyen factores o situaciones fisiológicas y patológicas, algunas de ellas, imprevistas. El proceso de la cicatrización no puede, desde el punto de vista científico, dejar, nuevamente, el tejido en la normalidad previa. No siempre los pacientes son sanos, pueden tener enfermedades subclínicas que sólo se hagan evidentes en el acto quirúrgico. En el acto quirúrgico se aplican medicamentos, los cuales pueden generar reacciones adversas no previstas, dentro de una buena práctica médica.

Considero que no es lógico ni razonable partir de la ignorancia extrema del paciente, argumentando que desconocía los riesgos, o que consideraba que el resultado era 100% seguro. Más aún, en los casos de cirugía estética, a los que cuando se produce una complicación o muerte, se les da una amplia difusión en los medios masivos de comunicación. Finalmente el argumento *“de no haberse prometido el resultado el paciente no hubiera aceptado el procedimiento”*, se desvirtúa, con facilidad, con la firma por el paciente del consentimiento informado, en el cual conoce y acepta los riesgos”.

Sobre este punto es clara la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Toledo que señala^{xxii}: *“En la cirugía no terapéutica deben poner todos los medios posibles para obtener el resultado, y, si éste no se obtiene no se incurre en responsabilidad civil si se ha informado al paciente de las complicaciones de la intervención”*.

El artículo 1602 del Código Civil Colombiano es enfático en darle fuerza de ley a lo pactado entre las partes, y para el efecto dice: *“Todo contrato celebrado legalmente entre las partes es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. En igual modo se refiere el Código Civil Chileno en el artículo 1545, el 1197 del Código Civil Argentino y el 1255 Español entre otros.

Con respecto al acto anestésico es claro que en este se aplican medicamentos en algunos casos a pacientes urgentes, graves o moribundos, en otros casos para patologías de cirugías programadas o no urgentes, pero básicamente se aplican agentes anestésicos. Sobre el tema, el doctor Wikinski indica: *“En medicina general y anestesiología, son muchas las reacciones medicamentosas que carecen de la previsibilidad adecuada que permita anticipar su ocurrencia”^{xxiii}*.

Desde el punto de vista farmacológico, personas diferentes y sanas, pueden variar en la magnitud de respuesta a un determinado medicamento, a una misma dosis y, como lo dice el texto clásico en el ámbito mundial, en el área de farmacología, escrito por Goodman y Gilman *“De hecho, es probable que una sola persona no siempre reaccione de modo uniforme a la misma concentración del medicamento”^{xxiv}*. Luego considerar la anestesiología como actividad de resultado es un despropósito científico.

Sobre la obstetricia es claro que en el parto se dan riesgos imprevistos, lo que no puede generar actividades de resultado, y es por esto que es de mucha importancia determinar lo que se considera un parto normal, por el gran desconocimiento de lo anterior por muchos tratadistas, es que asocian un embarazo normal con un parto normal, lo que obviamente es diferente. Desde el punto de vista científico, un embarazo puede ser normal en todos sus controles y en el momento del parto se pueden dar complicaciones, muchas de ellas no previsibles,

por lo que no es tan fácil de predicar que si el embarazo fue normal, el parto debe ser normal.

Se puede definir el parto normal, como *“Conjunto de fenómenos fisiológicos caracterizados por la dilatación progresiva del cervix uterino mediada por contracciones uterinas de frecuencia y duración adecuada que tienen por objeto la expulsión del feto viable, la placenta y sus membranas al medio ambiente extrauterino^{xxv}”*.

El parto tiene tres períodos claramente establecidos, el primero, es el período de dilatación, el cual se inicia con las contracciones uterinas y termina con la dilatación cervical completa; el segundo período, es el expulsivo, en el cual sale el feto y el último es el alumbramiento, en el cual salen la placenta y las membranas.

Cada una de estas fases, tiene un tiempo determinado, variando si es nulípara (*primer parto*) o si es múltipara.

En el parto normal, no es necesaria la aplicación de líquidos, ni refuerzos, ni maniobras adicionales. Todo se debe dar en forma natural. Sólo la paciente es controlada al igual que el producto o feto; lo que se aparta de este concepto es el parto anormal.

Algunos tratadistas del derecho, creen que por el desarrollo tecnológico, todos los partos deben ser normales y es un concepto erróneo, pues, según datos del año 2002, entre el 8 y el 10% de todos los partos se producen complicaciones^{xxvi}. Otras fuentes refieren que entre el 5 al 15% de todos los partos son pre-términos, es decir antes de la semana 37 de la gestación y ellos ocupan el 70% de las muertes neonatales^{xxvii}.

En este punto, quiero resaltar que en el parto normal, el médico es sólo un supervisor de las actividades normales y naturales, con una mínima intervención. Luego el concepto en virtud del cual *“En el parto normal la responsabilidad tiende a ser de resultado”* empleado por algunos tribunales, es pues un concepto erróneo, desde el punto de vista científico, y una falacia jurídica, pues, en caso de una demanda, debe ser por razones obvias, que el parto no fue normal. Aquí recuerdo, nuevamente, que el parto no es sólo la salida del feto, sino también el trabajo del parto, es decir las contracciones y la

salida de la placenta y las membranas. La presentación debe ser de vértice, es decir, que primero salga la cabeza. En el alumbramiento, el producto debe realizar los 6 movimientos normales a su paso por el canal del parto y el sangrado debe ser máximo de 500 mililitros.

Con respecto a los laboratorios, en el proceso de análisis de las muestras biológicas, se emplean reactivos químicos, equipos de medición de cantidades, tales como pipetas y balanzas; además se emplean filtros, equipos de lectura, mezcladores, agitadores, separadores, centrífugas, entre otros. Es de anotar que en los laboratorios clínicos, en muy contadas excepciones, se mide un compuesto en forma directa. Pues, en general se mide en forma indirecta, como un voltaje, una intensidad luminosa, un producto secundario o metabolito, una reacción con otro compuesto químico. Todo lo anterior, generalmente luego de un proceso de transformación enzimático, en el cual se pueden emplear varios compuestos y se pueden requerir diversos equipos cada uno con unas especificaciones y controles estrictos. De ahí surgen conceptos como sensibilidad, especificidad, valor predictivo positivo o negativo, falso positivo falso negativo, lo que depende de la técnica, del equipo empleado y de la fase de la enfermedad, luego un resultado de laboratorio bien hecho acorde con la *lex artis*, puede dar un resultado erróneo, luego no es cierto científicamente que el laboratorio garantice diagnósticos 100% exactos y seguros.

Con respecto a la medicina legal y específicamente en la patología forense, no pueden asegurarse resultados, pues hay casos en que no es posible conocer la causa de la muerte, lo que se conoce como muerte indeterminada, en la cual luego de los análisis, macroscópico (a ojo), microscópico, bioquímico y toxicológico, no se logra aclarar la causa de la muerte.

El patólogo o el forense, utiliza una serie de pasos o procesos durante la necropsia. Como leer el acta del levantamiento o la historia clínica, análisis de prendas y pertenencias, examen externo del cadáver, la incisión del cadáver, la apertura y exploración de las cavidades corporales, análisis de los diferentes órganos y, en algunos casos, toma de muestras para estudios toxicológicos o

microscópicos, y luego, correlacionar todos los hallazgos, para sacar su conclusión al respecto, lo cual, en la mayoría de los casos, se consigue establecer permitiendo conocer lo concerniente con la muerte, posiblemente en un porcentaje superior al 97%. Queda un porcentaje de duda aproximado al 3%, que no es posible y se conoce como *muertes indeterminadas*, en las cuales, a pesar de un análisis juicioso y riguroso del caso y de la evidencia, no permite sacar conclusiones.

Al respecto Di Maio, clasifica la muerte como indeterminada así:

“(Hay muerte indeterminada) después de una investigación de las circunstancias que la rodean, del examen postmortem, y de los análisis de laboratorio apropiados, la información es insuficiente para clasificar la muerte como natural, homicida, suicida, o accidental^{xxviii}”.

El citado autor^{xxix} afirma que el 1,8% del total, son indeterminadas o no clasificables.

Un ejemplo de los casos indeterminados es la publicación de Rao, Rama B, y Otros^{xxx}, quienes describen muertes asociadas a liposucción, ocurridas en New York entre 1993 y 1998, encontrando 5 casos fatales. Una muerte se debió a sobrecarga hídrica, otra a trombo-embolismo pulmonar y tres (3) de ellas indeterminadas, es decir el 60%, lo que implica la dificultad, la cual puede existir en algunos casos en que no se logra identificar la causa real de muerte, a pesar de haberse realizado necropsia en dos (2) de ellas.

Otro ejemplo es la publicación del doctor Kevin Bove^{xxxi}, en la cual, luego de una revisión de 99 casos de autopsias practicadas por investigaciones de mala praxis, en ocho de ellas no se logró establecer la causa de la muerte, es decir, en el 8%. Lo cual no quiere decir que fueron mal practicadas, ni mucho menos que se presentó complicidad, pues en este trabajo, los casos fueron revisados por dos y hasta tres patólogos.

Sobre la patología quirúrgica y lectura de citologías, es seguro que la lectura de la placa en sí no tiene aleas o riesgos imprevisibles, pero pueden darse,

errores en el muestreo del tejido o en la toma de la biopsia, en ocasiones no se logra la representación del tumor sino de la zona circundante que puede ser inflamatoria o hemorrágica, la muestra puede ser escasa o no concluyente, hay tumores borderline o de comportamiento biológico incierto, para agregar más al tema. En las lecturas citológicas, en la misma clasificación de Bethesda, la establecida actualmente a nivel mundial para el informe de citologías, se habla de ASCUS (Atypical Squamous Cells of Undetermined Significance- células escamosas atípicas de significancia incierta), o los AGUS (Atypical Glandular Cells of Undetermined Significance- cambios en las células glandulares de significancia incierta). Luego no es tan fácil como se piensa que, una placa, igual a un diagnóstico 100% seguro. Luego la medicina y la biología tienen aleas que impiden garantizar resultados. Las imágenes no son siempre concluyentes e inequívocas, igual ocurre con la lectura de placas radiológicas y estudios ecográficos lo que hace necesario exámenes más sofisticados y correlaciones clínico imagenológicas por comités de expertos.

Sobre la radioterapia y la cirugía refractiva el resultado es en cuanto al cálculo de la dosis o el tejido a ser seccionado, más no puede garantizarse en el caso de la radioterapia la ausencia de radiodermatitis, de fibrosis peri-tumoral ni mucho menos la curación. En el caso de la cirugía laser no puede garantizarse una adecuada cicatrización, ni la ausencia de infección.

Sobre el tema de las ligaduras de trompas como actividades de resultado, es claro que existe un riesgo de recanalización esponánea del 1%, con la técnica convencional, lo que podría hacer una medicina defensiva del obstetra para garantizar el éxito al 100%, realizando cauterización y ligadura de los dos segmentos y retirando segmentos de más de 2 cm de cada una de las trompas, es muy posible que esto garantice un resultado de no recanalización y embarazos futuros, pero al mismo tiempo hace prácticamente imposible una recanalización quirúrgica futura en caso de la paciente desearlo.

Prohibiciones normativas de garantizar resultados

Las normas del ejercicio médico, en términos generales, prohíben garantizar o prometer

resultados o curas milagrosas o a plazos, también exoneran al médico de responder por hechos imprevisibles tal como lo hace el decreto 3380 de 1981, que reglamenta la Ley 23 del 81 o Código de Ética Médica que refiere:

“D. 3380/81. Art. 13. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico pueda comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión, dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”.

Igual prohibición hace la ley del Ejercicio médico de la república Argentina, Ley 17.132, de 1967 que regula el ejercicio médico, en su artículo 20 incisos 1,2 y 5, exponen:

“Está prohibido anunciar o prometer curaciones y/o resultados, fijando plazos o anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles. También es contrario a derecho, asegurar de cualquier modo que el fin perseguido se va a lograr”.

Igual negativa hace el artículo 25 del Código de Ética Médica de la Sociedad Ibero latinoamericana de Cirugía Plástica y Estética que en sus prohibiciones señala:

“Los que ofrezcan curación de determinadas enfermedades o defectos a plazo fijo infalible”.

En el mismo sentido el Código Penal Argentino el artículo 208 que señala en le numeral dos:

“El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles”.

Licitud y validez del contrato en el cual se asegura el resultado de un tratamiento médico

Con respecto a la normatividad argentina de entrada se tipificaría el delito de charlatanería. Veamos la normatividad colombiana relacionada con un contrato en el cual se promete o pacta un resultado imposible, un contrato contra-natura.

En el Código Civil:

ART. 1502.—Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita.

ART. 1508.—Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.

ART. 1523.—Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes

ART. 1532.—La condición positiva debe ser física y moralmente posible.

Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible, la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

ART. 1602.—Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En la normatividad anterior es claro que pactar un contrato prometiendo imposibles científicos, es un error del médico que induce al paciente a tomar una decisión de seguridad del tratamiento, el médico lo induce a error, es violatorio de las normas del ejercicio médico, luego el contrato bajo estas condiciones puede declararse nulo y así se tornaría la responsabilidad, inicialmente contractual en extracontractual, es por esto que las sentencias referidas pueden incurrir en error, pues hay que determinar lo pactado y la posibilidad real o fáctica del resultado lo que no es real vicia el contrato.

Es de lo anterior, que se resalta la importancia del consentimiento informado, el cual debe ser claro y específico para cada tipo de procedimiento, perfeccionado el contrato, estableciendo reglas claras y dejando explícitos los riesgos del procedimiento, los que el paciente puede aceptar o rechazar.

El acto médico es un contrato y por tal se rige por las normas del Código Civil el cual en su artículo

1602, determina que los contratos legalmente celebrados por las partes adquieren fuerza de ley entre los contratantes y es claro que el consentimiento informado entre médico y paciente define las cláusulas del contrato. Lo pactado, lo establecido debe cumplirse entre las partes, es por esto que es tan importante que el médico explique los riesgos, y estos queden plasmados en el consentimiento, lo cual indica que el paciente los conoce y los acepta, que se respeta su voluntad jurídica y su autodeterminación, pues en el contrato hay acuerdo de voluntades, es hecho entre dos o más personas, establece reglas de derechos y obligaciones mutuas y produce efectos jurídicos. Pese a lo anterior, no se puede caer en el error de decir que porque se advirtió y se presentó determinado daño no hay culpa generadora de responsabilidad, nada más falso, si la complicación es creada en una mala práctica médica habrá responsabilidad.

Finalmente haré un análisis polémico sobre medios o resultado en la actividad médica inspirado en una cita del Dr. Hans Killian en su texto la lucha contra el dolor, referenciado por Parra Guzmán^{xxvii}:

“Pronto daría la media noche. Llevaba varias horas sentado junto a la mesa de mi despacho, nuevamente ocupado en la redacción de un difícil informe pericial para el fiscal de la audiencia territorial de una gran ciudad. Lo que en él dijera tendría seguramente una importancia decisiva para un colega, ya tenía preparado el esquema; sólo me faltaba revisarlo minuciosamente y exponer mis conclusiones en términos muy precisos para que los jueces, todos ellos profanos en la materia, pudieran hacerse una idea clara de las circunstancias. En efecto, juristas y médicos siguen procesos de razonamiento fundamentalmente distintos y a los señores doctores en derecho con frecuencia les cuesta mucho comprender que un organismo vivo no es comparable a la materia muerta, a un objeto material, y que posee sus propias normas. Dicho en otras palabras: que el quirófano de un cirujano no es un taller de reparaciones, en el que se puedan hacer cálculos a partir de valores fijos, constantes de resistencia y piezas de recambio y ofrecer unas garantías. En una antigua sentencia del tribunal supremo encontré esta consoladora frase “...que incluso el médico mas dotado no puede trabajar con la precisión de una máquina, que pese a la capacitación, prudencia y experiencia del cirujano pueda producirse un fallo

en un gesto, un corte o punto, que el mismo médico había realizado regularmente con éxito hasta el momento”

Analícemos ahora que pasa si un médico diligente y cuidadoso realiza bien mil (1000) intervenciones quirúrgicas tipo cesárea, en las cuales todos los puntos de sutura son aplicados adecuadamente, en la intervención 1001 (mil una) pone los puntos de sutura en forma adecuada, todos, menos uno que queda flojo y durante la revisión convencional no lo detecta; es decir falla, como consecuencia de lo anterior la paciente en el postoperatorio presenta un sangrado, es reintervenida pero se da un problema de la coagulación de la sangre (coagulación intravascular diseminada) y muere. Es obvio que hay relación directa entre el punto que quedó flojo, su no detección en la revisión y la muerte por complicaciones del sangrado. Es claro que para muchas personas hay culpa médica por el error humano, hay nexo causal y daño, todos los elementos de la responsabilidad. La pregunta es ahora se le puede exigir al médico que nunca falle, que sea perfecto y que al menor error hay que crucificarlo, pues el paciente (1001) no tiene el deber jurídico de soportar el daño causado y se debe responder. En este caso cuales son los medios empleados por el médico para evitar el daño, su experiencia, su diligencia, sus conocimientos, las bases anatómicas y quirúrgicas, al exigírsele que nunca falle no será entonces una responsabilidad de resultado? Algo así como siempre tiene que suturar y revisar en forma perfecta, es decir, ser una máquina infalible, si hasta las máquinas pueden no ser perfectas, lo que se conoce como riesgo del desarrollo, el ser humano visto así, tiene que ser perfecto y las actividades médicas de resultado.

ⁱ VÁSQUEZ FERREIRA, R. Prueba de la culpa médica. Segunda Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires 1993, p. 67.

ⁱⁱ URRUTIA, A.R y Otros. Responsabilidad médico- legal de los obstetras. Ediciones la Rocca. Buenos Aires Argentina. 2004, p. 81.

ⁱⁱⁱ BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. Segunda Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1994, p. 80.

^{iv} URRUTIA, A.R y Otros. Responsabilidad médico- legal de los obstetras. Ediciones la Rocca. Buenos Aires Argentina. 2004, p. 83.

v TRIGO REPRESAS, F. Reparación de daños por mala praxis médica. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1995, p. 97.

vi ACHAVAL, Alfredo. Responsabilidad civil del médico. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1983. p 24.

vii VÁSQUEZ FERREIRA, R. Prueba de la culpa médica, op. cit. p 69-70.

viii SERRANO ESCOBAR, Luis G. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2000, p. 107.

ix Ibid., p. 70 a 78.

x VÁSQUEZ FERREIRA, R. Prueba de la culpa médica., op. cit. pp. 82-83.

xi TRIGO REPRESAS, F. Reparación de daños por mala praxis médica, op. cit. p. 99.

xii AGUIAR GUEVERA, Rafael. Tratado de derecho médico. Editorial legis. Caracas 2001, p 139.

xiii BLAS ORBÁN, Carmen. Responsabilidad profesional del médico. op. cit. pp. 44-45.

xiv YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad civil médica. Segunda Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín 1993. p. 84.

xv Ibid., P. 82-83.

xvi BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. Segunda Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1994, pp. 147-148.

xvii VÁSQUEZ FERREIRA, R. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Segunda Edición. Editorial Hammurabi.. Buenos Aires 2002. p. 227.

xviii PAILLET, Michel. La Responsabilidad administrativa. 1ª Edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001, p. 245.

xix BRITO, María y otros. Shock anafiláctico inducido por látex simulando reacción a la oxitocina. Caso clínico. Rev Obstet Ginecol Venez v.61 n.1 Caracas ene. 2001.

xx BARIE, S, Philip. Surgical site infections. Surg Clin N Am 85 (2005) 1115–1135.

xxi BLAS ORBÁN, Carmen. Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI. Editorial bosch. Barcelona. 2003. p. 99.

xxii Ibid., p. 82.

xxiii WIKINSKI, Jaime A., Efectos tóxicos imprevisibles de los medicamentos anestésicos, El Hecho Fortuito y la Fuerza Mayor, en Revista Argentina de Anestesiología Volumen 50, número 4. pp. 225 - 238.

xxiv GOODMAN Y GILMAN, Las bases farmacológicas de la terapéutica, op. cit. p. 52.

xxv HERRERA CASTAÑEDA E. Obstetricia basada en las evidencias, op. cit. p. 1.

xxvi HERRERA CASTAÑEDA E. Obstetricia basada en las evidencias, op. cit. p. 4.

xxvii SMITH, Roger. Parturitiun. New England Journal of Medicine. Volume 356: January 18 de 2007. pp. 271 283.

xxviii DI MAIO, Vincent, Manual de patología forense. Editorial Díaz de Santos. Madrid, 2003, p. 3.

xxix Ibid., p. 5.

xxx RAO, Rama B y Otros. Deaths related to liposuction. New England Journal of Medicine. Volume 340. may 1999, pp. 1471 – 1475.

xxxi BOVE, Kevin E. The role of the autopsy in medical malpractice cases. Archives of pathology and laboratory medicine. Vol 126. No. 9. 2003, pp. 1023 – 1031.

xxxii PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Carga de la prueba en la responsabilidad médica. Editorial doctrina y ley. Bogotá. pp. 2004, 203-204.

POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL RIESGO DE MALA PRAXIS (*)

Genival Veloso de França

Profesor Titular de Medicina Legal Universidad Federal da Paraíba - Brasil; Profesor Titular de Medicina Legal Escuela Superior de la Magistratura, Paraíba - Brasil; Socio Fundador y Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico. Presidente Honorario de la Sociedad Brasileira de Derecho Médico (SODIME).

Aunque no exista una fórmula mágica e infalible para evitar la mala praxis, se hace necesario aplicar todos los esfuerzos en el sentido de crearse condiciones y mecanismos capaces de contribuir de forma efectiva por lo menos en la disminución de esos malos resultados, ya que no interesan a nadie.

La primera providencia en este sentido es desarmar a las personas de un cierto preconceito de que el médico es responsable por todo resultado atípico e indeseado en el ejercicio de la medicina, cuando algunas veces es también de la víctima. Por eso, se impone centrar nuestra comprensión en el montaje de un perfil epidemiológico del mal resultado, en el sentido de apuntar no apenas su diagnóstico, sino también fomentar la promoción de una política de conductas, medios y mecanismos que sea eficaz en la corrección de estos desvíos.

Cualquiera que sea la propuesta en este sentido, mismo aquellas que traen embutidos algunos intereses profesionales en el "gerenciamiento del riesgo" por empresas especializadas, debe ser analizada como forma de contribución a este problema.

La verdad es que la medicina actual nada más es que una sucesión de riesgos. El gran arsenal tecnológico de que dispone, actualmente, la Ciencia Médica trajo, para el hombre, provechos inestimables. Por otro lado, ese nuevo orden no pudo evitar que surgiesen más accidentes en el ejercicio de nuestra profesión. Vivimos la era del riesgo.

El accidente médico es, no pocas veces, inevitable e inesperado, y sus causas son, desde el punto punto de vista subjetivo, difíciles pero con posibilidades de ser determinadas. Entretanto, es necesario dejar bien claro que este proyecto no se destina apenas a identificar los factores potenciales de riesgo frente a las demandas por responsabilidad civil, penal y ético-administrativa, sino, sobre todo, a mejorar las condiciones de trabajo médico y con perspectivas de vida y de salud de la población.

Factores de Riesgo

Como se ve en la práctica del ejercicio médico, muchos son los factores de riesgo que llevan al mal resultado. Podemos clasificarlos como *factores no asistenciales* y *factores asistenciales*.

Entre los factores no asistenciales vamos a destacar:

1. *El sistema de salud.* La primer cosa que llama nuestra atención en el ejercicio de la medicina es lo destorcido y desorganizado que es el sistema de salud pública. La llamada socialización de la medicina con la expansión de los servicios de salud y la creación de las instituciones prestadoras de la asistencia médica, colocó entre el médico y el paciente ciertos conflictos, los cuales, casi siempre, cuentan con complejas implicaciones de orden ética y legal. Por otro lado, las políticas sociales y de salud no se realizaron como instrumento de redistribución de la renta y de atenuación de las desigualdades sociales. No se atiende al principio de la universalización y de

la equidad, y pasan lejos de la discusión y de la participación democrática de los sectores organizados de la sociedad. El modelo de desarrollo económico y social impuesto durante las cuatro últimas décadas se mostró excesivamente concentrador, propiciando niveles de vida y de salud que no corresponden a las necesidades de la población. Esto tubo un reflejo muy negativo en la organización y en la estructuración de los servicios prestadores de asistencia médica. Y es en este ambiente de penuria y de precariedades que el médico ejerce sus actividades.

2. *La falta de compromiso del médico.* Hay motivos políticos y sociales que comienzan a exigir de los médicos posiciones más coherentes con la realidad que se vive. Un modelo capaz de revelar el mejor papel que esa postura desempeñe en el complejo proyecto de derechos y deberes, y que pueda apuntar, con justicia y acierto, el camino ideal en la realización del acto médico y en las exigencias del bien común. Por eso el médico no puede quedar indiferente, pues el ejercicio de la medicina es un acto político en favor de la salud individual y colectiva y, también en la tentativa de busca de la ciudadanía. El propio Código de Ética del médico debe estar dirigido para eso, si no, qué ética es esta que no ve tales necesidades, principalmente cuando ellas alcanzan los más desfavorecidos y los más necesitados, tantas veces desheredados de la suerte? Por lo tanto, es deber del médico luchar organizadamente en favor de las mejores condiciones de atención y no considerar la enfermedad como un resultado de la fatalidad. No basta modificar la relación entre el hombre y la naturaleza, sino, también, mudar las relaciones sociales.

3. *La no-participación de la sociedad.* Esta, por su vez, también debe comprender que la cuestión de la mejoría de las condiciones de salud y de los niveles de vida no debe concentrarse apenas en las manos de los médicos. Es preciso que la sociedad se manifieste siempre que sea necesario, haciendo ver su inconformismo y su revuelta contra la disparidad reinante entre las condiciones de salud de la colectividad y las disponibilidades cada vez más crecientes ciencia y de la tecnología. Debe entender aún que la lucha contra el mal resultado en la

asistencia médica pasa por propuestas y encaminamientos de las políticas sociales públicas y que ese resultado tan indeseado no tiene como causa única la mala praxis de los médicos. Por eso cuando vemos los movimientos de organización y de movilización de los segmentos sociales contra la “mala praxis” no podemos quedar ajenos a eso, desde que tal encaminamiento tenga como propuesta la prevención de resultados indeseables y no el simple deseo de venganza patrocinado por parientes de las víctimas de resultados atípicos. El ideal sería que esos grupos se aliasen a los médicos y a todos aquellos que se interesan por la lucha en favor de la buena asistencia médica, pues ahí se concentra ciertamente la base para una política de prevención de riesgos de malos resultados.

4. *La no-revisión del aparato formador.* Ningún analista de esta cuestión deja de señalar el nivel de la enseñanza médica brasileña como uno de los causadores de la sufrible formación profesional por la mayoría de las escuelas médicas y, consecuentemente, factor preponderante en la eclosión del mal resultado. Además de las pésimas condiciones de enseñanza y aprendizaje, de los bajos salarios de los profesores, de la falta de una estrategia para un perfil del médico que se necesita y de la falta de recursos para la investigación y la extensión, no existe una revisión sobre esa calidad de enseñanza, sino tan solamente las decisiones precipitadas e irresponsables de creación de nuevas escuelas médicas. Además de esto, las maniobras astutas de empobrecimiento de las escuelas con el propósito de colocarlas en el paquete de las privatizaciones inconsecuentes, lo que, por lo menos, sugiere complicidad.

5. *La falta de enseñanza continuada.* Entre nosotros no es exagerado afirmar que para ejercer la profesión médica no basta una habilitación legal, representada por un título y su registro en los Consejos de Medicina. Es necesaria la continuada habilitación profesional constituida de un permanente aprendizaje. La verdad es que no existe entre nosotros ninguna norma o ninguna exigencia obligando al médico a actualizarse siempre. Es también rarísima la institución pública o privada que se dedique o que

presente con un proyecto dedicado a la enseñanza continuada, dando oportunidad de reciclaje médico o estimulando al profesional en la perspectiva de acompañar razonablemente los pasos de su ciencia.

6. *La precaria fiscalización del ejercicio profesional.* Aunque los Consejos de Medicina tengan como objetivos primeros las tareas pedagógicas y doctrinarias, no se puede omitir como papel significativo la fiscalización del ejercicio de la medicina, como forma de ajustar al profesional a los dictámenes consagrados en su Código de Ética, “cabiéndole cuidar y trabajar por todos los medios a su alcance, por el perfecto desempeño ético de la medicina y por el prestigio y buen concepto de la profesión y de los que la ejerzan legalmente”. Los Consejos no pueden quedar apenas en las interminables reuniones donde son discutidos asuntos de menor interés o de destinarse tan solamente a la expedición de libretas. Deben partir para una ofensiva más positiva, al ejemplo de algunas Regionales que están yendo a los establecimientos de salud para verificar la calidad de la asistencia.

En lo tocante a los *factores asistenciales* podemos señalar:

1. *El desgaste de la relación médico-paciente.* No es sólo por el hecho de parar la demanda judicial por mala praxis, pero todos saben que una buena relación entre el médico y su paciente es una forma de mejor entrelazamiento, de mejor percepción de los problemas del asistido y una manera de estimular el interés y la dedicación profesional. Una relación médico-paciente amistosa deja al asistente e al asistido en condiciones de ejercer tranquilamente sus papeles. Infelizmente, por razones de las más variadas, esta relación, aunque no de manera generalizada, viene transformándose en una tragedia, o por lo menos, en un encuentro desconfortable. Lamentablemente, la deterioración de la relación médico-paciente se presenta como el motivo más fuerte del aumento de acciones de responsabilidad profesional. Hay que encontrar un camino para invertir esta situación y hacer con que esta relación vuelva a ser la cualidad que colocó a la medicina en un lugar de respeto y consideración.

2. *La falta de condiciones de trabajo.* Nadie desconoce también que muchos de estos malos resultados tengan como origen las pésimas y precarias condiciones de trabajo, en una atención a la salud cada vez más decadente y anárquica como proyecto, mismo que tengamos un número razonable de médicos con relación a nuestra población. Los servicios públicos, con honrosas excepciones, están desmantelados por una política dirigida por la propia estrategia de poder, como forma deliberada de desmoralizarlos y entregarlos a la iniciativa privada, a ejemplo de lo que se está haciendo precipitadamente como política de privatización. La verdad es que los profesionales de la salud sienten en su día a día, cada vez más, dificultades para ejercer sus actividades, frente a las indigentes condiciones de trabajo. En este escenario perverso, es fácil entender lo que está aconteciendo en los locales de trabajo médico, donde se multiplican los daños a las víctimas, y donde lo más fácil es culpar a los médicos como primeros responsables.

3. *El abuso de poder.* Es necesario, también, saber si el profesional actuó con la cautela debida y, por lo tanto, descaracterizada de precipitación, de importunismo o de insensatez. una de las formas más comunes de desvío de poder es la práctica médica realizada por profesionales que no están capacitados para realizar determinada especialidad médica. Otra forma condenable y por eso agravante en una evaluación por supuesta mala praxis es el procedimiento desnecesario.

4. *La falsa garantía de resultado.* Mismo que el médico deba ser optimista cuando participa junto al paciente, él no debe garantizar ciertos resultados, principalmente si este procedimiento es complejo y de riesgo, como en la cirugía estrictamente estética. Lo que se recomienda es el uso adecuado de los medios y conductas que favorezcan al paciente y una palabra de estímulo que no signifique promesa, pues en determinados instantes esta garantía de resultado siempre favorable significa una violación al deber de informar debida y correctamente.

5. *La falta del consentimiento esclarecido.* Con el avance cada día más elocuente de los derechos humanos, el acto médico, como regla, sólo alcanza su

verdadera dimensión y su incontestable destino cuando se tiene el consentimiento del paciente o de sus responsables legales. Así, *grosso modo*, todo procedimiento profesional necesita de una autorización previa. Además, se exige no sólo el consentimiento puro y simple, sino el o *consentimiento informado*. Se entiende como tal, el consentimiento obtenido de un individuo civilmente capaz y apto para entender y considerar razonablemente una propuesta o una conducta, exenta de coacción, influencia o inducción. No puede ser obtenido a través de una simple firma o de una lectura apurada en textos minúsculos de formularios a camino de la sala de operaciones. Al contrario, por medio de lenguaje accesible a su nivel de convencimiento y comprensión (*principio de la información adecuada*). Mismo que el consentimiento informado sea un instrumento de defensa ante una alegación de mala praxis, el mismo tiene como sentido mayor la dignificación de la persona. El consentimiento no es un acto irrevocable y permanente (*principios de la revocabilidad y de la temporalidad*). Por otro lado, debe quedar bien claro que el hecho de tener un consentimiento informado, esto, por sí sólo, no exenta al médico cuando existen otras faltas en el cumplimiento de los deberes de conducta.

6. *El llenado inadecuado de las historias*. Uno de los elementos más valorizados cuando se hace la evaluación de un caso de mala praxis, es la historia del paciente. En este documento deben estar de forma legible no apenas la anamnesis, sino todo el conjunto de documentos padronzados, ordenado y conciso, referente al registro de los cuidados médicos prestados y a los documentos juntados. Consta del examen clínico, sus fichas de evolución y de prescripción terapéutica, los informes de enfermería, los informes de la anestesia y de la cirugía, la ficha de registro de resultados de exámenes complementarios y, mismo hasta copias de certificados y solicitudes de exámenes. Constituye la historia un verdadero dossier que tanto sirve para análisis de la evolución de la enfermedad, como para fines estadísticos que alimentan la memoria del servicio y como defensa del profesional, caso sea responsabilizado por algún resultado atípico e indeseado. Por lo que vimos, su inexistencia o su llenado incompleto puede

transformarse en un factor negativo en los procedimientos de prueba. Creemos que la historia es la mejor arma cuando se realiza una evaluación judicial.

7. *La precaria documentación de los procedimientos*. Todo proyecto de gerenciamiento o administración del riesgo de mala praxis debe contar con orientación adecuada de la documentación de los procedimientos realizados. No es demás decir que en nuestro sistema de proceso es siempre muy importante la prueba documental. Como las acciones judiciales son muy morosas, y como demandantes tienen un plazo hasta cierto punto largo, para pleitear la acción, es importante que todos los documentos referentes a la asistencia discutida sean guardados, por lo menos por diez años para las exigencias del Consejo Federal de Medicina y de veinte años para la prescripción de la obligación contractual.

8. *El abandono del paciente*. La regla es que el médico no puede abandonar su paciente, a no ser en situaciones muy especiales, anotadas en el artículo 61 del Código de Ética Médica, donde puede hasta renunciar al tratamiento, desde que eso sea llevado al conocimiento de su asistido o de sus familiares, y que no haya perjuicio con esa separación. Por otro lado, es muy natural que en una relación profesional, no existiendo más la confianza del paciente, o cuando él no atiende las recomendaciones y las prescripciones médicas, lleguen a un acuerdo, a través del cual el médico sea dispensado de su asistencia.

[*] Resumen de la conferencia pronunciada en V Congreso Iberoamericano de Derecho Médico, 11 al 13 de octubre de 2007, Córdoba, Argentina de 2007.

Dirección del autor:
Calle Santos Coelho Neto, 200 – Apt. 1102
58038-450 – João Pessoa – Paraíba – Brasil
E-mail: gvfranca@uol.com.br

SISTEMA DE MEDIACIÓN EN SALUD

María Cristina Di Pietro.

Córdoba. Argentina.

Vº CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO MÉDICO.

Introducción.

Un tema tan abarcativo y amplio invita a recordar las raíces de la mediación. Advirtiendo antes que tanto la mediación como la salud conforman cada uno, un sistema; un todo que conjuntamente con las partes se construye conforme a la idiosincrasia de cada país, a sus necesidades y posibilidades.

Habida cuenta que la mediación es un proceso voluntario, flexible, confidencial, a través del cual un tercero, neutral y multiparcial, llamado Mediador, asiste a las partes en controversia para ayudarlas a trabajar cooperativamente en procura de un acuerdo, un camino, o una elección posible para ellos. Este proceso, está sustentado, en tres elementos: el conflicto, la comunicación y la negociación. (Que conforman a su vez sistemas en sí mismos).

La mediación es una negociación asistida por un tercero neutral.

La negociación, como método endógeno de resolución de conflictos, -ya que son los mismos participantes quienes dirigen la autocomposición-, es un proceso de comunicación llevado a cabo entre las partes involucradas en el mismo. Con lo que mediación es entonces un proceso comunicacional que a diferencia de la negociación, está dirigido por un tercero; integrando de esta manera, los métodos exógenos de resolución de diferendos -junto con el arbitraje y el litigio-, atento la participación de terceros desinteresados y ajenos a él.

Las relaciones sociales están compuestas por interacciones de cooperación, de indiferencia y de conflicto. Ello así, el conflicto es una especie de relación social en la que las partes tienen o creen tener objetivos, derechos y/o intereses contrapuestos.

La mayoría de los conflictos de toda índole, entre particulares, entre familia, entre regiones, entre países, obedecen a malos entendidos o diferencias de entendimiento o a falta de información y comprensión en valores, ideologías, creencias, tradiciones. Aunque no menos importancia revisten aquellos en los que el territorio o el dinero están en juego. Sin embargo un buen porcentaje de éstos transitan por el mayor o menor entendimiento. La comunicación está llamada a atravesar el conflicto y ese llamado es producido por la mediación al poner a disposición de los conflictuantes un método que les permita un manejo comunicacional diferente al que traen como sustento del recorte de la realidad individual a la que se han apegado, de acuerdo a las vivencias, costumbres, principios, etc. de cada uno.

Lo que se ha dado en llamar "estática" del conflicto incluye a los sujetos directa o indirectamente involucrados, al objeto, objetos y objetivos que tienen en mira las partes y a los terceros intervinientes.

Conflictos y Mediación de Conflictos en los Sistemas de Salud.

La conjunción de sujetos y objetos en el sistema de salud perfilan la complejidad de los conflictos producidos en el área. Cuando se habla de los sujetos, se abarca a médicos, personal auxiliar y administrativo, directivos, pacientes y también a las clínicas, sanatorios, obras sociales públicas o prepagas, servicios conectados -proveedores, ambulancias, etc-.

Cuando se hace referencia a conflictos de territorio en salud, se incluye al hospital, a un consultorio o quirófano; el prestigio del médico o de la institución responde a los principios y concepciones de cada

uno; así como la negativa de cobertura de asistencia médica se apreciará desde lo económico, generando conflictos de esa naturaleza. Y todo ello sin perjuicio de considerar siempre a la salud como el bien jurídico protegido o como el objetivo de valor más importante.

Los sujetos se relacionan individual o colectivamente, dando lugar a diferendos “intra organizacionales” e “interorganizacionales”.

Los primeros, se consideran endógenos, habida cuenta que se producen entre actores pertenecientes a una organización, vg. médicos, pacientes, directivos, etc. de un hospital.

Los segundos, son exógenos porque involucran a personas individuales o jurídicas de distintas instituciones, vg. reclamos entre obra social y sanatorio; los que involucran al médico, a la obra social y al paciente. En estos casos el sistema de mediación aparece posteriormente al conflicto.

Entiendo que el modelo preventivo de mediación resulta el más adecuado para el abordaje de los conflictos endógenos –lo que no implica descartarlo para los otros- por cuanto puede preverse que seguramente los habrá por el tipo de relación social que se entabla en el medio; es más los conflictos son típicos en cada organismo conforme las tareas que se desarrollan.

Creo que este modelo prevé un espacio en el que las partes puedan comunicarse cara a cara, a través de un tercero en su caso, ni bien se produce el malentendido, el reclamo, la queja, el distanciamiento entre oficinas, etc.; y a efectos de evitar el costo que implica el escalamiento del conflicto desatendido, se planifica un sistema de abordaje inmediato que permita por lo menos detener la contienda.

Tanto los conflictos endógenos como exógenos, por su trascendencia, impactan por ende en la sociedad toda y en el estado. Sociedad y estado ingresan así a la problemática como involucrados necesarios, de allí la importancia de la implementación de un sistema abarcativo de resolución de conflictos en salud.

La complejidad aumenta a poco que pensemos en que la temática en cuestión se ve atravesada por la legislación de fondo y de forma, que se toma como

parámetro necesario en la dilucidación de diferendos. Otros sujetos son atraídos así al foco del problema –jueces, peritos, asesores, abogados, compañías de seguros- que se conectarán como referentes o efectivamente, a determinadas causas, vg. las que se judicialicen.

La legislación de fondo implica contemplar los principios constitucionales y los postulados de los códigos civiles, comerciales, penales, lo que en el tema salud implicará vg. peticiones individuales y también colectivas a través del planteo de intereses difusos, como lo es el derecho a la salud de la población, motivando con ello la revisión de las políticas públicas vigentes en cada región.

En la mayoría de los países de Iberoamérica, la legislación procesal es propia de cada provincia, por lo que las previsiones acerca de la transacción –cuya naturaleza comparten los métodos alternativos de resolución de conflictos- influyen directamente en la posibilidad de conformar otros sistemas de solución.

En Argentina tenemos 24 distritos –23 provincias y la ciudad autónoma capital- y en cada uno rige una ley de forma propia.

Entiendo que adherimos a lo que llamo: mediación jurídica, sin perjuicio del vasto campo de aplicación que existe en los municipios, escuelas, instituciones, etc., ya que en nuestro país la mediación se incorpora cada vez en más ámbitos.

Conceptúo a la mediación jurídica como aquella que, sin perjuicio de plantearse antes o durante el proceso judicial, reúne características específicas, como por ejemplo, la necesidad de la presencia de abogados de parte y la de por lo menos un mediador abogado, por cuanto se busca garantizar una decisión informada en derecho que permita en su caso, que el juez homologue el acuerdo al que arribaron las partes, otorgándole jerarquía de ley para ellas y por ende susceptible de ejecución ante cualquier incumplimiento.

En Buenos Aires se aplica la ley nacional 24.573 y su dec. Reglamentario 91/98 que establecen la mediación previa a todo pleito; mientras que en

Córdoba la ley 8858 y su dec. 1771/00 establece la mediación intraprocesal –una vez trabada la litis–

Estas legislaciones de carácter procesal, son de aplicación tanto a los temas de mala praxis médica como a los de denegación de asistencia o de cobertura médica, porque como dije tratan a la mediación como un proceso previo o intrajudicial. Temas tales como las políticas públicas de salud, los derechos de los pacientes damnificados, las aseguradoras y los médicos, etc. son materia de fondo que operan como parámetros utilizables en la conducción de una negociación operativa.

En este campo se requiere del trabajo mancomunado del médico y su letrado, del hospital y su abogado, de las aseguradoras, de todos ellos como aliados en la negociación/mediación, así como debe ocurrir lo propio entre el paciente y su asesor legal. Y todos juntos a efectos de evitar desgastes innecesarios de tiempo y de recursos de todo tipo. En suma, cada uno tiene en mediación un rol que cumplir y que lógicamente dista del que se asume en juicio.

A Modo de Conclusión.

Las conclusiones en este momento, deben ser “Abiertas”. Como aporte, pienso que debemos buscar a través de la Mediación la recuperación de la relación – Médico- Paciente-Familia- antes de abordar cualquier reparación, y la confianza entre Médico (institución) - Paciente-Familia- que posibilitó la elección mutua, como así también, respecto al sistema judicial y abogados.

Propongo entonces desalentar la judicialización, la acción judicial o su prosecución, generando un mecanismo de contención del conflicto, de detención y de prevención, como el acceso participativo a la Justicia, porque el conflicto es insito en el hombre.

Postulo por tanto un trabajo interdisciplinario, para la mejor resolución de conflictos en salud, lo que significa una tarea interrelacionada entre médicos y abogados.

LA CONCILIACIÓN COMO EXPRESIÓN DE JUSTICIA

(Sobre la ética en la solución de controversias médicas)

Agustín Ramírez Ramírez

Abogado. Presidente de la Academia Mexicana de Resolución Alternativa de Conflictos, A.C.

Introducción.

Durante 10 años formé parte del equipo directivo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México (CONAMED), una entidad gubernamental cuya tarea cotidiana consiste en desahogar —a través de la aplicación de Medios Alternos para la Solución de Conflictos (MASC)—, las controversias que genera la prestación de servicios de atención médica, tanto públicos como privados.

Como he señalado en otros foros, la finalidad última de la institución no se agota en la resolución de una determinada controversia entre un médico y su paciente, ya que la política pública que guía su actuación busca contribuir al cumplimiento del derecho a la protección de la salud y a elevar la calidad de los servicios que en la materia se prestan a la población. No obstante, el arbitraje médico y en particular la conciliación de las controversias —una tarea que a diario se lleva a cabo en la CONAMED—, juegan un papel fundamental para el fortalecimiento de la relación médico paciente, con lo cual se pretende renovar un modelo de entendimiento entre las partes acorde a la naturaleza que le dio origen.

Por la materia del conflicto, la conciliación de una controversia entre médico y paciente debe constituirse en espacio para la reflexión de los intereses mutuos, más que el campo de batalla para definir los alcances de la disputa, como ocurre en los enfrentamientos característicos del proceso judicial, que al polarizarse en extremo, ocasiona graves daños a las partes, como es el caso de las demandas médicas que en

los Estados Unidos de Norteamérica¹ han generado el distanciamiento de la profesión médica con sus pacientes, bajo una insana relación de sospecha mutua, ajena totalmente al principio de beneficencia que históricamente ha sido pilar fundamental de la relación médico paciente.

El Modelo Mexicano de Arbitraje Médico, que cabe aclarar no se centra en la institución jurídica del arbitraje, sino que privilegia la figura de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tiene una nota distintiva: en todos sus procesos intervienen una dupla de conciliadores, médico y abogado, con el fin de analizar el fondo de la controversia desde la perspectiva de la ciencia médica e inducir el desahogo del proceso con los elementos que aporta el derecho médico.

La atención de la controversia bajo este esquema dota de objetividad al análisis que se hace respecto de la atención médica recibida por el paciente, delimitando los agentes causantes del daño y las consecuentes imputaciones al equipo sanitario, de tal suerte que ante situaciones de negligencia e impericia pueda determinarse en forma equilibrada la necesaria reparación del daño o, por el contrario, declarar que las consecuencias dañinas fueron producto del riesgo inherente a la patología de base que aquejaba al sujeto enfermo.

El desahogo del proceso conciliatorio, bajo este esquema, conjuga conocimientos específicos en los respectivos campos del saber científico del médico y del abogado, quienes en carácter de facilitadores, buscan avenir a las partes. Una finalidad como ésta, en la que se pone en juego algo

más que la posible compensación económica derivada de los errores médicos demanda, preponderantemente, un comportamiento ético que no deje lugar a dudas la imparcialidad de los conciliadores durante el proceso, de ahí que la aplicación estricta de los principios éticos inmersos en la conciliación son determinantes para la consecución de los objetivos del Modelo, que de otra suerte, corre el riesgo de desahogar las quejas médicas con una mentalidad de suma cero, contraria a los fines últimos de la política públicaⁱⁱ que significa la existencia de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México.

El conflicto en la relación médico paciente.

La palabra conflicto sugiere la existencia de diferentes puntos de vista respecto de un asunto determinado. En términos del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, surge de la voz latina *conflictus*, que significa lo más recio de un combate. Punto en que aparece incierto el resultado de una pelea. Antagonismo, pugna, oposición, combate. Angustia de ánimo, apuro, situación desgraciada y de difícil salida.

Josep Redortaⁱⁱⁱ cita un estudio de Eduardo Infante, de la Universidad de Sevilla, sobre la definición del conflicto. Esta revisión bibliográfica de textos publicados entre 1933-1996, da cuenta de 78 definiciones distintas. Según el autor, para los diferentes tratadistas el conflicto es concebido en forma mayoritaria como “un proceso —producto subjetivo— cognitivo que implica percepciones de metas incompatibles por parte de, al menos, dos individuos”. Con base en este hallazgo, el autor propone definir el conflicto como “un proceso cognitivo-emocional en el que dos individuos perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo de resolver sus diferencias de poder”.

La definición propuesta resulta útil para analizar el conflicto que deriva de la relación médico paciente, pues, en efecto, la atención médica es una relación de interdependencia entre al menos dos personas que son el médico tratante y su paciente, aunque un conflicto de esta naturaleza suele incluir al conjunto del equipo sanitario.^{iv} En esta forma de entendimiento humano, la confianza es un factor

determinante para el logro de los fines que cada uno persigue, pues en principio y de manera gradual el paciente deposita en el médico información suficiente para asegurar el conocimiento cabal de sus afecciones, tanto físicas como espirituales, pues su estado afectivo lo induce a compartir información que llega a inscribirse en el núcleo de su intimidad. Es por ello que el médico, en reciprocidad, aplica su conocimiento, habilidades y destrezas bajo un principio de beneficencia; buscando el restablecimiento biopsicosocial del sujeto enfermo.

La confianza que en forma mutua se depositan las partes no puede entenderse como un acto reflejo, dado que no se genera de manera automática. Como producto de una relación humana, se funda en sentimientos de reciprocidad y se fortalece en la medida que médico y paciente reconocen que en su contrario no media engaño alguno, ni interés ilegítimo de beneficiarse del otro. Tan importante es, que desde el punto de vista del derecho, la norma sanitaria determina que la atención médica debe brindarse de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica profesional.

Bajo la confianza se encuentra la creencia que tienen, tanto médico como paciente, de que se conducen con veracidad, con honestidad, con un alto sentido de corresponsabilidad ética, fundada en el imperativo moral de no causar daño a un semejante. Esta es la esencia de la relación médico-paciente, la que tiene como eje de su actuación el principio de beneficencia, pues si el médico ha sido tradicionalmente reconocido y ha logrado un estatus social preponderante en relación con el resto de las profesiones, ha sido precisamente porque sus actos generan en el paciente sentimientos de afecto que son recíprocamente proporcionales a los que de él percibe, de tal manera que el cuidado y empeño que pone en el restablecimiento de la salud del paciente son recompensados afectivamente, independientemente de la obligada retribución económica como servicio profesional que es.

Es por ello que las diferencias que surgen de la atención médica deben resolverse a través de mecanismos legales que no los enfrenten, que no

polaricen sus posiciones, que fomenten la comunicación entre las partes, y para ello debe disponerse de un medio acorde con los fines que ambos persiguen, un espacio amigable en el que la buena fe sea el signo distintivo de sus propuestas de avenencia, para que al final del proceso no haya calificativos injuriosos sino una renovada frontera de entendimiento.

Solución de las controversias médicas por la vía judicial.

Las diferencias que surgen entre particulares e incluso entre éstos y la administración pública sanitaria, encuentran una salida en la disputa judicial, así denominada en virtud de la naturaleza formal del proceso y de los planteamientos de los contendientes, ya que la finalidad de los tribunales al administrar justicia resulta en la declaratoria de un ganador, al superar en argumentos convincentes a su contraparte.

El conflicto, desde este punto de vista, es un choque de intereses opuestos, es una verdadera confrontación y no podría ser de otra manera, pues las partes disputan el beneficio de la justicia que se concreta en la declaratoria formal de tener la razón, para lo cual, se hace indispensable que el juez confronte los argumentos de las partes, pues no hay que olvidar que conforme a los principios que orientan la función judicial, las partes deben presentar razonablemente sus argumentos con la finalidad de generar en el juzgador la convicción de que les asiste la razón.

Bajo este enfoque, cada uno se considera poseedor de la verdad y sin considerar otros puntos de vista e incluso la realidad, demanda un veredicto favorable, pues como lo enseña Habermas,^v “no hay [...] posibilidad de limpiar el conocimiento humano de ingredientes subjetivos y mediaciones intersubjetivas, es decir, de intereses prácticos y del color del lenguaje”, cuando la actitud debida, como lo indica el mismo autor, “al hacer frente a problemas de los que no podemos escapar, [sería] presuponer, tanto en el discurso como en la acción, un mundo objetivo que no es el resultado de nuestra propia acción y que es en gran medida el mismo para todos nosotros”.

Es preciso recordar que la justicia formal a cargo del estado se imparte a partir de un esquema estructurado de argumentos a favor de los puntos de vista de quien los formula, que es necesario presentar dentro de etapas procesales y plazos previamente determinados en la ley, imposibles de modificar en virtud de un principio de interés público, de tal suerte que una vez agotados los tiempos marcados por la norma jurídica, toca al juzgador analizar cada uno de los argumentos de las partes, contrastarlos, entre sí y con las hipótesis legales que se aplican al caso concreto puesto a su consideración, para finalmente dictar la resolución que habrá de poner fin a la disputa.

Es un proceso complejo en el que intervienen incluso diversas instancias judiciales que revisan la congruencia y completitud de las sentencias, bajo principios de supra - subordinación de los órganos judiciales, de tal suerte que siempre hay un momento último en el que la resolución jurisdiccional es inapelable; crucial para las partes, quienes la reciben con júbilo o tristeza según las circunstancias, ya que, como señala Paul Ricoeur^{vi} “cuando la última palabra del juez es una palabra de condena, el juez se dirige a nosotros como portador no solamente de la balanza sino también de la espada”.

En todo proceso judicial existe una declaratoria a favor de una de las partes, de ahí que el paradigma judicial es del tipo ganar - perder, siempre incierto en sus resultados, pues no obstante la prudencia de los abogados al tomar un caso, no es posible asegurar al cliente éxito en la contienda, aunque nunca habrá quien augure la derrota; las posibilidades de ganar habrán de manejarse gradualmente durante el proceso y la cautela siempre es aconsejable. Los abogados se comportan de esta manera en función de la experiencia acumulada, lo que significa, siguiendo a Habermas^{vii} que “el conocimiento es simultáneamente el resultado de tres procesos, que se corrigen mutuamente: el comportamiento dirigido a la solución de problemas frente al riesgo que suponen los entornos complejos, la justificación de las pretensiones de validez frente a argumentos

opuestos y un aprendizaje acumulativo de la revisión de los propios errores”.

Los litigantes, dadas las características del conflicto y de las reglas del proceso judicial, argumentan a su leal saber y entender, muchas veces a sabiendas de que no les asiste la razón. Tienen que hacer frente, como indica Habermas^{viii}, “a un mundo que se presume objetivo, y operan, en razón de esta presuposición, a partir de la distinción de sentido común entre el conocimiento y la opinión: entre lo que es verdad y lo que únicamente parece serlo”.

En un sistema judicial como el de México —con grandes similitudes con los de la mayor parte de los países de Iberoamérica—, un asunto puede perderse en la primera instancia, ganarse en la apelación y ratificarse la derrota mediante un juicio de amparo o su equivalente jurisdiccional, que ordene modificar la resolución judicial acorde a los criterios de la primera instancia.

Por otra parte, no obstante que en algunos procesos se ha introducido la conciliación forzosa, previa a la instrucción, el personal judicial no centra su interés en promover la avenencia de los contendientes a través de esta figura, lo cual se ha convertido en un mero formulismo que da paso a la verdadera disputa. A ello ha contribuido la carga de trabajo en los juzgados por una desproporcionada relación entre personal y asuntos asignados.

A manera de ejemplo, cabe señalar que según datos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal,^{ix} en la Capital de las República operan 64 juzgados civiles de primera instancia, lo que significa una proporción de 2.2 jueces por cada 100,000 habitantes. En promedio, desde el año 2000 trabajan en cada juzgado 21 servidores públicos, lo que da un total de 1344 trabajadores, quienes durante 2006 fueron los encargados de atender los 56,309 juicios iniciados y emitir 49,390 resoluciones. Lo anterior arroja 758.8 sentencias por juzgado en ese año.

En lo que corresponde a la segunda instancia, en el Distrito Federal operan 10 Salas Civiles, con un promedio de 67 servidores públicos por cada una de ellas. Durante 2006, se recibieron 34,717 asuntos, de lo cual resulta un promedio de 3,471 asuntos por Sala.

Seguramente por otras circunstancias, pero uno de los casos más complejo de judicialización de las diferencias es el de los Estados Unidos de Norteamérica. R. Singer^x destaca en forma por demás acertada lo que acontece en aquel país al señalar que “el procedimiento judicial distorsiona la realidad; no sólo va en detrimento de una solución más rápida y económica de los conflictos, sino que no resuelve la auténtica raíz del conflicto y la comunicación entre las partes permanece en manos de profesionales especializados en el tema y escapa al control de los litigantes. Incluso los directores de las grandes compañías sienten que sus problemas empresariales adquieren una vida legal propia, una vez que han pasado al despacho del abogado o al tribunal”. Agrega que “pueden pasar años antes de que los juzgados de las grandes ciudades convoquen la vista de un caso, incluso del más simple. Los procedimientos complejos, tan largos como costosos, nos dan la imagen de que los juzgados son un feudo de los ricos, los pacientes y los fuertes”.

En lo que corresponde a los litigios por mala práctica médica, la medicina defensiva es una práctica común en los Estados Unidos de Norteamérica. Según una encuesta realizada en Pennsylvania^{xi} a médicos que trabajan en seis especialidades consideradas de alto riesgo, se pudo concluir lo siguiente: **a)** casi el 60% reconocieron que normalmente ordenaban más exámenes de diagnóstico de los médicamente indicados; **b)** aproximadamente la mitad reportaron haber mandado a sus pacientes, frecuentemente y de manera innecesaria, con otro especialista; **c)** una tercera parte habían prescrito de manera regular más fármacos de los indicados; **d)** los estudios de gabinete son los actos defensivos recientes más comúnmente realizados; **e)** casi el 40% tienen la intención de evitar atender a pacientes de alto riesgo o ya lo están haciendo; **f)** en general, más del 40% han tomado medidas para limitar su práctica y eliminar procedimientos susceptibles a complicaciones, por ejemplo la cirugía traumatológica, y **g)** de igual forma, rehuyen tratar a pacientes con problemas médicos complejos o a los que consideran podrían presentar una demanda.

Sobre el mismo tema, en un reporte de la Academia Americana de Pediatría,^{xii} los autores precisan que “entre 1930 y 1994 los costos por responsabilidad aumentaron casi cuatro veces más rápido que la tasa de crecimiento de la economía”, situación que atribuyen al creciente número de demandas por mala práctica. Señalan, además, que el “aumento más rápido en los costos por responsabilidad ocurrió entre 1950 y 1985, cuando crecieron un promedio de 12% anual, mientras que el crecimiento económico nominal promediaba un 7.9% al año”.

Resulta interesante el comentario de estos autores en cuanto a que “los litigios onerosos, las decisiones impredecibles de los jueces, y las altas indemnizaciones agotaron la rentabilidad de las pólizas de seguros que cubrirían la mala práctica médica”. Precisan, en lo que llaman una crisis en la oferta de pólizas de responsabilidad, que “los médicos tuvieron cada vez más dificultades para obtener seguros por mala práctica ya que los proveedores comerciales de seguros dejaron de ofrecer cobertura por mala práctica médica o abandonaron totalmente el mercado de responsabilidad profesional. Las aseguradoras que continuaron ofreciendo cobertura por mala práctica médica tuvieron que aumentar sus primas, algunas veces hasta el doble o el triple para poder cubrir los costos de las indemnizaciones otorgadas por los médicos. En el periodo más difícil de esta crisis, las primas para la cobertura de mala práctica médica subieron dramáticamente. Se reportó que en una región de California los médicos enfrentaron un aumento de 360% en las primas de seguro por mala práctica en un año”.

Un dato relevante de esta crisis puede constatar con el reporte publicado en *Las Vegas Review Journal*^{xiii}, en el año 2002, que da cuenta de los motivos que llevaron a los cirujanos ortopédicos del Centro de Traumatología del *University Medical Center de las Vegas*, en Nevada, a abandonar sus puestos de trabajo en virtud del aumento desmesurado de las primas de responsabilidad. Según la nota, para regresar a su trabajo, los médicos demandaban “la aprobación de un paquete de reformas que incluyera [...] límites a los honorarios de los abogados, así como un límite de 250,000 dólares en indemnizaciones por daño moral”.

De este escenario surge la necesidad de aplicar un paradigma distinto a las diferencias resultantes de la atención médica, pues la incertidumbre se acrecienta al someter a juicio la afectación de un bien jurídico derivado de la aplicación de un conocimiento científico no exacto, como es el caso de la ciencia médica, en donde los resultados de la intervención profesional del equipo sanitario pueden llegar incluso a juzgarse contrarios al sentido común, en virtud de que hay en la sociedad una exigencia rigurosa de exactitud para con el comportamiento de los profesionales sanitarios.

La vía de la conciliación extrajudicial en México.

A diferencia de otro tipo de prestación de servicios, la atención médica se rige por principios éticos claramente establecidos e históricamente arraigados en nuestra cultura. Por regla general, la beneficencia orienta la intencionalidad del acto médico de tal suerte que, en principio, en el efecto dañoso no se advierte un vínculo negativo de tipo doloso; por ello la culpa ha sido, en la tradición jurídica, el estándar que califica la intervención profesional del médico. Esta apreciación debe ser, desde la perspectiva jurídica, el principio para evaluar la conducta médica indebida.

En tal sentido, un paradigma idóneo para resolver las controversias entre médico y paciente, sustentado en el principio ganar – ganar, es la conciliación. En la conciliación y bajo el esquema del Modelo Mexicano de Arbitraje Médico, la argumentación se sustenta en la evaluación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica profesional.

Con el propósito de contextualizar este análisis, cabe recordar que la CONAMED fue creada en junio de 1996, mediante decreto del Presidente de la República, “como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos”, siendo su objeto, según lo dispuesto en el artículo 2º del decreto “contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios

médicos y los prestadores de dichos servicios”. De esta forma, su función cotidiana se circunscribe a la atención de quejas médicas por presuntos actos de impericia o negligencia en la prestación de servicios de atención médica, tanto públicos como privados. Para su creación, el Ejecutivo Federal consideró:

1. La necesidad social de contar con mecanismos que, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud.
2. Los legítimos reclamos de los actores de la relación médico paciente por superar las deficiencias en los servicios de atención médica, así como la necesidad de mejorar su calidad.
3. La pertinencia de un órgano al cual pudieran acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, los conflictos por presuntas irregularidades en la prestación de dichos servicios.
4. La necesidad de contribuir a evitar grandes cargas de trabajo a los órganos jurisdiccionales, sin que ello signifique interés por sustituirlos.
5. La importancia de garantizar a los usuarios y prestadores de servicios médicos, imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución de las controversias.
6. El requerimiento de una instancia especializada, que contara con autonomía técnica para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios de atención médica, así como para emitir sus opiniones y laudos.

Como habrá de notarse, el conjunto de los argumentos que se plasman en el decreto de creación giran en torno a la tutela del derecho constitucional a la protección de la salud, de tal suerte que la autonomía en su quehacer se identifica con la naturaleza de las políticas públicas, pues se hacía indispensable contar con una instancia especializada, dentro de la

Administración Pública Federal, cuyas actividades tendieran al fortalecimiento de la relación médico paciente, fracturada en virtud de las deficiencias observadas por la población respecto de la calidad de los servicios de atención médica.^{xiv}

Un dato indicativo de la inconformidad ciudadana era el notable crecimiento de las reclamaciones por deficiencias observadas en los servicios de atención médica que prestan las instituciones gubernamentales. Así lo muestran los datos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en sus informes previos a la constitución de la CONAMED. Resultaba significativo que en el informe 1995–1996, en la lista de las instituciones que con mayor frecuencia fueron acusadas de violaciones a derechos humanos, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) ocupara el primer lugar con 541 casos, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) en cuarto lugar con 396 y la Secretaría de Salud con 68 casos en el octavo lugar. De ahí que en ese informe el *Ombudsman* haya señalado que el número de asuntos derivados de controversias médicas hacían complejo el trabajo de la CNDH “cuya estructura y perfil profesional de sus colaboradores no fueron diseñados para atender un volumen de asuntos como el que ahora se presenta en este renglón”, llevándolo a recomendar la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la cual además, sugirió el Titular de la CNDH, podría atender “los casos de ejercicio privado de la medicina, para lo cual no tiene competencia la CNDH, pues la actividad de dichos profesionales, en este último supuesto, no es de servidores públicos sino de particulares”.

En este contexto se crea la CONAMED, entre cuyas atribuciones, según lo dispuesto por la fracción IV del artículo 4º de su decreto de creación, destaca la relativa a la conciliación, en los términos siguientes:

- IV. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:

- a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio;
- b) Probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y
- c) Aquéllas que sean acordadas por el Consejo.

Se trata de una actividad fundamental para contribuir, como lo ordena el decreto de creación, al cumplimiento del derecho constitucional a la protección de la salud, de ahí la relevancia del Modelo Mexicano de Arbitraje Médico^{xv} dentro de las políticas públicas que impulsa el estado mexicano.

Ahora bien, hagamos algunas precisiones respecto de la conciliación que se lleva a cabo al amparo de este Modelo. Se trata de un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de interés, con el objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya iniciado, sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo,^{xvi} de ahí que llegue a plantearse que no tiene diferencias con la transacción, en virtud de la similitud de fines e incluso se afirma que el acuerdo de voluntades se traduce en un contrato de transacción. También se afirma que la conciliación es la avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto y de las cuales una o las dos tratan de entablar un pleito o ya han promovido el juicio.^{xvii}

Sin embargo, la transacción, que viene del latín *transactio, transactionis*, derivado de *transactus* participio de *transigere*, que significa hacer pasar a través de, concluir un negocio, está regulada en el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, que la define como el contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.^{xviii} En tal sentido, la transacción es un medio autocompositivo bilateral, mediante el cual, dos partes solucionan el litigio al renunciar parcialmente a su respectiva pretensión y resistencia, es decir, debe implicar una renuncia o concesión equilibrada y razonable de cada parte.^{xix} Según Cipriano Gómez Lara la transacción es un negocio jurídico a través del cual las partes, mediante el pacto o acuerdo de voluntades encuentran la solución de la controversia o litigio.^{xx}

Como resulta notorio, en términos de las atribuciones asignadas a la CONAMED, las controversias que se someten a su jurisdicción en materia de servicios de atención médica, pueden concluir en la vía conciliatoria con la firma de un convenio que, según hemos visto, puede asimilarse al contrato de transacción pues, en efecto, al suscribirlo, las partes concluyen una controversia presente cuya materia consiste, en este caso, en presuntos actos de negligencia o impericia en el actuar profesional del equipo sanitario. Sin embargo, bajo los términos del Modelo Mexicano de Arbitraje Médico, no en todos los casos las partes se hacen recíprocas concesiones, pues la conducción del proceso se hace bajo un principio de justicia. Para ello, se instruyó a los conciliadores a evaluar previamente el acto médico de tal suerte que al momento de la audiencia estuvieran en posibilidades de contar con una opinión sobre la atención médica brindada, ya sea en el sentido de que en efecto hubo irregularidades en los servicios prestados (y por ello susceptibles de compensar), o que por el contrario se aplicaron adecuadamente los principios de la *lex artis* médica.

El Modelo siempre admitió que la relación entre médico y paciente es asimétrica, de tal suerte que la presencia de los conciliadores y su intervención como expertos en la evaluación del acto médico se centró en limitar abusos e iniquidades de una parte hacia la otra. Por ello se decía que el acuerdo de voluntades con el cual concluía la conciliación no era producto de la transacción lisa y llana, sino de un verdadero entendimiento entre las partes; del reconocimiento mutuo de su dimensión excepcionalmente humana.

En función de la buena o mala práctica médica que deriva de la revisión del expediente clínico,^{xxi} los conciliadores podían establecer la estrategia a seguir durante la audiencia. Si el médico procedió adecuadamente, las acciones del equipo conciliador se centraban en las posturas del paciente, haciéndole notar las características de la patología que lo aquejaba, explicando la historia natural de la enfermedad y detallando las acciones del médico para revertir las manifestaciones de la

entidad patológica. De igual manera le hacían comprensible el principio de variabilidad biológica para el caso de que su salud se hubiera visto afectada sin que fuera posible confirmar la existencia de una conducta negligente o imperita.

Por el contrario, cuando de la revisión del expediente clínico y del informe entregado por el médico se observaban claramente elementos de mala práctica médica, el conjunto de las acciones de los conciliadores tendían a que el prestador del servicio comprendiera la magnitud del daño ocasionado con su actuar negligente o imperito, de tal manera que la reparación del daño causado, en cualquiera de sus modalidades, no era una imposición de los conciliadores, ni tampoco se determina negociando un monto cualquiera como en la negociación. Se buscaba que el ofrecimiento que hiciera el médico fuera producto de un proceso intelectual que lo motivaba a conducirse conforme a lo que en justicia debe ser razonable, consciente de que las deficiencias en su actuación profesional dañaron un bien jurídico del paciente.

Perfil ético del conciliador.

No es fácil analizar las capacidades éticas de quienes dedican su esfuerzo cotidiano a resolver controversias médicas, pues no obstante su formación, es necesario reconocer su naturaleza humana y por tanto su fragilidad en el manejo de sus propias motivaciones, tanto personales como profesionales. Por otra parte, resultaría inadecuado no advertir, que como cualquier persona, los conciliadores son sensibles a las emociones que les motiva verificar el resultado de los errores médicos que tienen consecuencias en la integridad física y emocional de los pacientes.

Habrà que enlistar, a pesar de ello, las capacidades que deben sostener su tarea: En primer lugar, objetividad en el análisis de la controversia, lo que significa centrar la atención en la historia natural de la enfermedad y en las acciones concretas llevadas a cabo por el equipo sanitario para superar la patología de base. Lo anterior requiere el apoyo interdisciplinario, con el propósito de hacer una evaluación integral de las especialidades médicas involucradas, a efecto de

analizar, con posterioridad y desde la perspectiva jurídica, la relación causa efecto entre los actos u omisiones en la atención médica y los resultados adversos.

El conciliador debe tener, por otra parte, una importante capacidad para ser paciente y encauzar las emociones de manera positiva, pues en un conflicto de esta naturaleza es común que las partes, particularmente el paciente, expongan sus posiciones en forma detallada, reiterando a cada momento sus expectativas y culpando de su estado a su contraria. Esta exposición suele ser reiterativa y de forma circular, de tal suerte que el conciliador debe ser capaz de centrar los intereses de las partes, más allá de las posturas formales que sostienen. No hacerlo de esta manera puede hacer muy fácil que se desborden las emociones y se exacerben los ánimos al grado de enfrentamientos verbales y amenazas de violencia física.

Finalmente, el conciliador debe practicar la tolerancia y ser solidario con las partes. Por un lado debe, como se dice coloquialmente *“ponerse en los zapatos del otro”* pues de otra manera será incapaz de comprender las exigencias de las partes, pero es necesario advertir que además de ello, el conciliador debe poseer un firme sentido de solidaridad. Sólo así podrá ser capaz de reencauzar el interés de ambos de encontrar una solución a su conflicto.

Se trata, en concreto, de sentir en si mismo la necesidad de apoyar una causa justa, lo cual deriva de un sincero sentimiento de humanidad, pues comulgo con el criterio de Xavier Etxeberria,^{xxii} en cuanto a que *“hoy el concepto más recurrido, al menos en la vida civil, para señalar el referente ético fundamental de la acción humanitaria es el de solidaridad. Ser solidarios con otros remite a ser un sólido con ellos, haciendo propias sus causas y sus cargas. Implica, por un lado, sentirse un sólido con los otros, lo que remite a la empatía, que puede adquirir la forma de compasión, de la que ya hemos hablado; e implica, por otro lado, hacerse realmente un sólido compartiendo lo que se tiene sin calcular el provecho personal. En esta combinación se encuentra a la vez la fuerza y los riesgos de la solidaridad”*.

-
- i Los Estados Unidos de Norteamérica son un caso paradigmático de la judicialización de las controversias. Según R. Singer, “mientras que la población de los Estados Unidos equivale al 5% de la población mundial, [se cuenta] aproximadamente, con un 35% de los abogados de todo el mundo. La autora cita *Justice Without Law?*, de Jerold Auerbach, quien en afirmaba: “dentro de quinientos años, cuando los historiadores se dediquen a escudriñar el siglo XX, demostrarán, sin duda, la misma incompreensión hacia la beateria legal americana, que la mayoría de los americanos de nuestros días sienten con respecto al celo religioso de la Edad Media. La analogía es muy ilustrativa: el tribunal de justicia es nuestra catedral en la que se representa la obra de nuestra *pasión* contemporánea”. Véase R. Singer, Linda. Resolución de Conflictos. España, Paidós, 1996, pág. 12.
- ii La connotación de la CONAMED como política pública se sustenta en sus finalidades y los beneficios para la sociedad mexicana. El concepto, según es complejo. No obstante, señala Ronald Martínez Rodríguez, “en términos generales [...] se trata del proceso por medio del cual las autoridades gubernamentales se proponen llevar a cabo las acciones que promuevan el interés de los ciudadanos”. Agrega que “para ser auténtica política pública, las prácticas o normas deben tener cierta constancia e intención, esto es, estar enmarcadas en un proceso más o menos estable al que se podría denominar como programa de acción”. Véase Martínez Rodríguez, Ronald. *Justicia Social en el Estado Nacional*, Instituto de Investigaciones y Estudios Superiores Económicos y Sociales. Universidad Veracruzana, octubre de 2002.
- iii Redorta, Josep. *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Paidós, Barcelona, España, 2004, Pág. 29.
- iv En términos del artículo 51 de la Ley General de Salud “Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares”. De esta disposición es posible deducir la integración del llamado *equipo sanitario*; personal de salud que en virtud de las necesidades del paciente y de la naturaleza de los servicios, brinda de manera conjunta la atención médica según su capacidad, ya sea en forma profesional o con el carácter de técnico o auxiliar.
- v Habermas, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Paidós, Barcelona, España, 2003. Conferencia
-
- “Comentarios sobre verdad y justificación” dictada en el Centro Pompidou, el 31 de enero de 2001, pág. 77.
- vi Ricoeur Paul. *Amor y Justicia*, Caparrós Editores, España, 2000, pág. 21.
- vii Habermas, *op. cit.*, pág. 76.
- viii *Ibidem*, pág. 82.
- ix Compendio Estadístico 2000 – 2006 del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, publicado por la Dirección Ejecutiva de Planeación en marzo de 2007. Consulte www.tsjdf.gob.mx
- x R. Singer, Linda. *Resolución de Conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*. Paidós, Barcelona, España, 1994, pág. 13.
- xi Cfr. Studdert, David M, et al, *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment*, JAMA 2005; 293:2609-2617.
- xii John J. Fraser, Jr, MD, JD, and the Committee on Medical Liability, *PEDIATRICS* Vol. 107 No. 3 March 2001.
- xiii En términos de la crónica periodística “en un comunicado de prensa, [el Gobernador Kenny Guinn] dijo que convocará a una sesión especial de la legislatura para discutir las reformas *Tort*.” Las autoridades aseguraron que el Gobernador “convocaría a la reunión hasta después del 26 de julio, que es la fecha límite para que el equipo negociador de médicos, abogados y representantes de las aseguradoras se pongan de acuerdo en un paquete de reformas” conminando a los médicos a regresar a sus labores en virtud del compromiso público del Gobernador “de convocar a una reunión para discutir la reforma *Tort* [señalando que] si no se logra un consenso por parte del equipo negociador, el gobernador prometió seguir adelante con su propio paquete, [pues] es muy preocupante que los médicos no atiendan a sus pacientes en espera de la fecha de una sesión especial”. http://www.reviewjournal.com/lvrj_home/2002/Jul-03-Wed-2002/news/19108774.html Acceso 15 de junio de 2007.
- xiv De conformidad con una encuesta realizada en 1994 “el 81.2% de los usuarios aprecia que la calidad de la atención recibida es buena, mientras que el 18.8% la considera mala [...] los motivos para considerarla mala se refieren, en la mayoría de los casos, a los tiempos de espera largos y a las acciones que se suponen omitidas o carentes de revisión y

diagnóstico". Véase Encuesta Nacional de Salud-II, México, Secretaría de Salud, 1994, pág. 51.

- xv En el Programa Nacional de Salud 2000 – 2006, dentro de la estrategia denominada *Desplegar una Cruzada por la Calidad de los Servicios de Salud*, una de las líneas de acción incluyó el tema del arbitraje médico. En tal virtud, en el programa respectivo (Consolidación del Arbitraje Médico) se determinó ampliar la cobertura a todo el país. Actualmente, además de la Comisión Nacional, que atiende las quejas que presenta la ciudadanía por presuntos actos de mala práctica médica en los establecimientos sanitarios de naturaleza federal, se cuenta con 24 comisiones estatales de arbitraje médico en igual número de entidades federativas. En los estados de la República que no tienen una instancia análoga, las quejas pueden presentarse ante la CONAMED.
- xvi Pina, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1965, pág. 68
- xvii *Ibidem*, págs. 167 y 168
- xviii *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Décima Edición, Editorial Porrúa México, Tomo P-Z, pág. 3123
- xix Uribarri, Carpintero, Gonzalo, *El Arbitraje en México*, México, Editorial Oxford, University Press, primera edición, 1999, pág. 7
- xx Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Octava Edición. México, Editorial Harla, 1990, pág. 29
- xxi La operación de la CONAMED resultaría muy costosa si para desahogar los asuntos que se someten a su consideración tuviera que contar una plantilla de conciliadores integrada por médicos de todas las especialidades existentes. Por ello se utiliza la figura del *asesor externo*, de tal manera que dependiendo de la especialidad involucrada en la queja, y cuando ello es necesario, la CONAMED contrata un médico especialista certificado por su respectivo Consejo. Los Consejos de Especialidad tienen una gran aceptación en el gremio, de tal manera que esta contratación asegura que la opinión del profesionista consultado evalúa el saber y el proceder del profesional demandado conforme a los cánones de la *lex artis*. Las partes contendientes en una queja médica son informados de este proceso y de que la opinión de los *asesores externos* es fundamental para los conciliadores, lo que induce al paciente a no descalificar al médico de la CONAMED, mientras que el médico demandado se favorece de una *evaluación entre pares*.

xxii Etxeberria, Xavier, *Ética de la acción humanitaria*. Universidad de Deusto. Bilbao, España, 1999, pág. 34.

SECRETO PROFESIONAL MÉDICO

Fernando Verdú
Profesor Titular
Fernando.Verdu@uv.es

Ana Castelló
Profesor Contratado Doctor
Ana.Castello@uv.es

Unidad Docente de Medicina Legal
Universitat de València-Estudi General
Facultat de Medicina i Odontologia
Avda. Blasco Ibáñez, 15. 46010-Valencia.
ESPAÑA

LO ÍNTIMO, LO PRIVADO Y LO CONFIADO

En el desarrollo de la vida de las personas hay tres aspectos que deben tenerse en cuenta.

El primero es la intimidad, que se corresponde con esas zonas espirituales nucleares del individuo a las que tiene legítimo derecho que se mantengan fuera del conocimiento de otras personas. En la mayoría de constituciones se habla de ellas y son, casi de forma coincidente, las orientaciones religiosas, sexuales y políticas. Nadie tiene derecho a divulgarlas, salvo el propio interesado.

El segundo aspecto es el de lo privado; en este caso se habla de cosas o circunstancias que merecen una especial protección legal. Domicilio y secreto de las comunicaciones son dos ejemplos de aquello. Nadie tiene derecho a entrar en la vivienda de otra persona, si no es invitada o tiene una fuerza de ley.

Finalmente, lo confiado. Por concretas circunstancias, una persona puede poner en

conocimiento de otros determinados aspectos de su vida que no quiere que sean divulgados. Lo hace porque existe una relación de confianza que le hace sentirse segura, aunque vaya a desvelar algo que solo a ella pertenece.

Como se verá en el desarrollo del trabajo, esos tres aspectos van a conformar el concepto de secreto profesional que pasamos a desarrollar.

SECRETO PROFESIONAL MÉDICO

La raíz *secre-* encuentra su origen en el vocablo latino *scernere*, que tiene el significado de separar, aislar y este, a su vez de *cernere*: distinguir, cerner. El participio de *scernere* es *secretus*, origen del término secreto.

Se entiende pues por secreto todo aquello que se tiene reservado, oculto, aislado de la normal comunicación con los demás.

Clásicamente se ha aceptado la existencia de diversas formas de secreto. Entre ellas, se pueden mencionar las siguientes:

Secreto natural:

Se puede definir este tipo de secreto como aquel que surge de la propia naturaleza del hecho que hemos conocido. En estos casos, una vez revelada la circunstancia o hecho a guardar, nuestra propia formación nos hace comprender que la divulgación del mismo podría acarrear algún tipo de perjuicio a la persona cuya intimidad conocemos.

Esta variedad es quizá la que, por la propia naturaleza humana, es violada con mayor frecuencia en la vida diaria. Para respetar un secreto natural se necesita una sólida formación ética y la actitud del ser humano ante estas circunstancias, nos indicará cual va a ser el comportamiento en otras diferentes.

Se puede hacer ya una primera consideración: si lo que se conoce pertenece a la intimidad de otra persona, una actitud que podría resultar aceptable, es considerarlo naturalmente secreto.

Secreto prometido:

En esta variedad, la importancia no radica en el hecho o circunstancia conocidos, en sí mismos, sino que adquiere sentido por que la confidencia se ha realizado mediando un compromiso, promesa o juramento.

En estos casos, el transmisor de la confidencia exige promesa de no divulgación al receptor de la misma. También la formación humana juega un papel decisivo en estos casos. La forma mas común de infidelidad a la promesa otorgada es la aparición de *sub-promesas* de no divulgación (que en ningún caso contemplaba el transmisor inicial), consiguiendo alcanzar de esta manera lo que se conoce como un *secreto a voces*.

Debe considerarse que, en Derecho, la promesa es un contrato preparatorio de otro más solemne o detallado, aunque se refiere más a los de compraventa o matrimonio.

De lo que sí se debe ser consciente, es de que en cada ocasión en la que se incumple una promesa, se está quebrando la confianza que otro había depositado en el incumplidor.

Secreto técnico o industrial:

En este caso, lo que no debe ser divulgado son determinados procesos industriales o técnicas de fabricación que, habitualmente, permiten a las compañías que los poseen el mantener una cierta supremacía en determinadas áreas.

Dos datos que nos permiten entender la importancia que presenta es que su existencia ha dado lugar a la aparición de una actividad ilícita conocida como *espionaje industrial*

Secreto pactado

El pacto es un concierto o tratado entre dos o más partes que se comprometen a cumplir lo estipulado. De aquí surge el concepto de Secreto Profesional, que se deriva de forma directa de la existencia de un contrato tácito (abogados, médicos) o de otras determinadas finalidades profesionales (periodistas).

Este es el momento de recordar que la relación entre el médico y su paciente está regulada, en el marco jurídico-administrativo, bajo la figura del denominado contrato de arrendamiento de servicios, en una gran mayoría de las ocasiones y como contrato de obra, en las menos.

También se acepta que una de las cláusulas tácitamente establecidas entre los contratantes, es la obligación de guardar en secreto aquello que se conozca, con el fin de poder prestar diligentemente la asistencia o servicio solicitado.

No es este el momento de exponer las características jurídicas del acto médico, pero sí se debe tener bien presente que en el momento de establecer la relación con el enfermo, se están

pactando también todas las reglas que han de regir su actividad profesional.

Un gran Maestro de la Medicina Legal de todos los tiempos, el Profesor GISBERT CALABUIG definió el secreto profesional del médico como "la obligación debida a las confidencias que el médico recibe de sus clientes, como médico, hechas con vistas a obtener cualquier servicio de los que componen esta profesión".

Nosotros vamos a definir el secreto profesional médico en los siguientes términos: *"Es la obligación permanente de silencio que contrae el médico, en el transcurso de cualquier relación profesional, respecto a todo lo sabido o intuido sobre una o más personas"*.

En esta definición se deben considerar tres puntos esenciales:

1. Obligación permanente de silencio:

Salvo en los casos expresamente previstos, en las leyes o en las disposiciones del ámbito ético o deontológico, el médico debe guardar un silencio escrupuloso, preservando así lo que sólo a otro u otros pertenece.

2. En el transcurso de cualquier relación profesional:

Sea en el campo de la medicina pública o privada, en el trabajo en equipo o la medicina individual, en la medicina asistencial o pericial, etc. Cualquier acto médico genera, de forma indisolublemente unida, la obligación de silencio.

3. Todo lo sabido o intuido sobre una o más personas:

Además de los aspectos estrictamente médicos, el profesional puede llegar o conocer -o intuir- muchas otras facetas de la vida de la persona con la que se relaciona o de terceros. Todo ello, absolutamente todo, forma parte inseparable del secreto médico.

El Juramento de Hipócrates (que, como es sabido, formaba parte del ritual que debían formular los aspirantes a médicos antes de dedicarse a la profesión) decía lo siguiente sobre el secreto médico:

"Lo que en el ejercicio de la profesión, y aun fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba ser divulgado, callaré mirando la discreción como un deber en semejantes casos".

De aquí se deriva el alcance del secreto médico: todo aquello que se conozca como consecuencia del ejercicio de la profesión, debe considerarse como algo íntimo, reservado o confiado a lo que se le debe respeto.

Debemos incluir en el contenido del Secreto médico:

- 1.- La naturaleza de la enfermedad.
- 2.- Las circunstancias que concurren en ésta y
- 3.- Lo captado durante la asistencia (sin que debamos valorar si su difusión puede, o no, causar cualquier tipo de perjuicio al enfermo o a sus allegados).

En lo que hace referencia a los límites del secreto médico, han existido dos posturas contrapuestas:

a.- La primera de ellas defendía lo conocido como secreto médico absoluto: en ninguna circunstancia debe ser revelado lo conocido en el transcurso del ejercicio de la profesión.

b.- La segunda postura, que defiende el secreto médico relativo, es la generalmente aceptada. Sigue considerándose el secreto como algo consubstancial a la profesión médica, pero se reconoce la posibilidad de que, en determinadas circunstancias se puede revelar el secreto sin que el hacerlo pueda

ser considerado como una falta a la ética ni a los deberes deontológicos o jurídicos.

Por otro lado, la situación que se viene contemplando desde hace tiempo en el ejercicio profesional y que se está acentuando en los últimos años, ha dado lugar al nacimiento de una difusión continua del secreto médico.

Esta circunstancia ya fue señalada también por GISBERT CALABUIG cuando precisó la existencia de un secreto médico compartido y un secreto médico derivado.

Secreto Médico Compartido:

Surge de la práctica de la medicina en equipo y significa que, para lograr una atención más eficaz y coordinada, el médico se ve obligado a compartir lo conocido sobre el enfermo con los diferentes miembros del equipo de atención.

Pero, aún en estos casos, el primer depositario de la confidencia debe ser prudente en distinguir qué es necesario compartir para conseguir una mejor y más completa atención y qué es meramente accesorio.

Este tipo de secreto compartido obliga a todas las personas que, por su profesión, se ven involucradas en la asistencia al enfermo.

Tampoco debemos olvidar que el estudiante de medicina, que realiza sus prácticas en contacto con los enfermos bajo la supervisión del profesor encargado, está también obligado a guardar para sí lo que hubiera conocido sobre la intimidad del enfermo. Cabe señalar a este respecto, que en algunos países (Reino Unido, por ejemplo) los estudiantes en prácticas reciben y firman un documento en el que se les informa de sus obligaciones éticas y deontológicas; naturalmente entre ellas figura la obligación de secreto.

Secreto Médico Derivado:

Esta figura ha encontrado su origen fundamentalmente en la medicina institucional y en la necesidad de mantener un nivel organizativo acorde con los progresos de las ciencias. La medicina de hoy precisa mecanografiar informes y epicrisis, organizar archivos y bancos de datos, etc. y por lo tanto, pueden ser muchas más las personas que, sin formar parte del equipo asistencial *stricto sensu*, van a tener acceso a una información confidencial.

También este tipo de secreto obliga a todo el personal parasanitario que -por su profesión- va a tener conocimiento de circunstancias muy personales de un determinado enfermo.

Se va a exponer ahora cuál debe ser la base del respeto al secreto profesional médico, que es la de un respeto a los derechos humanos.

Actualmente las personas actuamos, de forma muy frecuente, como clasificadores de los derechos humanos, defendiendo a ultranza unos y despreciando manifiestamente otros. Este hecho se hace más evidente si se analiza lo que está sucediendo con tres de aquellos: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la intimidad.

Estos Derechos, que han encontrado su reflejo en nuestra ordenamiento constitucional, reciben un trato que bien puede calificarse como discriminatorio. Así, existe un consenso general en condenar los actos que comprometen la vida y la salud de las personas, pero al mismo tiempo, sea con nuestra curiosidad o con nuestra imprudencia, fomentamos un desprecio manifiesto hacia su derecho a la intimidad.

Los archivos de prensa, radio o televisión más recientes permiten comprobar la existencia de comparencias, declaraciones y comunicados de profesionales de la medicina que, sin ningún tipo de justificación ética, deontológica o legal, divulgan lo que únicamente pertenece a la intimidad de otras personas, quebrando sus derechos.

Una buena regla para actuar correctamente, es tener bien presente dos hechos principales:

1.- El derecho a la intimidad de una persona nunca puede poner en peligro el derecho a la vida, la integridad psicofísica o la libertad de otra u otras personas.

2.- El derecho a la intimidad de una persona tampoco puede comprometer al bienestar social, que en muchas ocasiones depende de la Administración de Justicia.

Una buena estrategia que permita adoptar la decisión de revelar, o no, lo conocido en el ejercicio de la profesión. Es algo tan simple como es evaluar las consecuencias que puedan derivarse de la decisión tomada. Esas consecuencias pueden afectar al mismo paciente, a personas que se relacionen con él o, finalmente, al propio médico.

La evaluación debe realizarse en función de los derechos humanos o Constitucionales, si se quiere, que puedan verse conculcados en cada caso.

Comenzando con los efectos sobre el paciente, debe valorarse si, con el mantenimiento del silencio como expresión del respeto al derecho a la intimidad, puede ponerse en peligro el derecho a la integridad personal o a la vida del propietario del secreto. Esta es quizás la situación más conflictiva, puesto que entran en conflicto los principios bioéticos de beneficencia y autonomía.

En la segunda posibilidad, efectos del silencio sobre otras personas relacionadas con el enfermo o sobre un grupo social, ha de considerarse que el derecho a la intimidad de un paciente, nunca debe poner en peligro el derecho a la integridad personal o la vida de otros. Evidentemente, aquí no cabe el anterior conflicto bioético, ya que los principios señalados son de aplicación a cada persona y su respeto nunca debe afectar a los derechos fundamentales de otros.

En último lugar deben valorarse los efectos sobre el médico. En este punto cabe poca discusión, dado que existen disposiciones legales que obligan al profesional, sea a la denuncia de determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito, sea a la comparecencia como testigo. Sin embargo, aun en esos casos, no puede olvidarse que pueden quedar aspectos de la información reservados, en cuanto no afecten a los sustancial de los hechos denunciados o declarados.

Ha quedado escrito más arriba que los médicos no deben ser clasificadores de los derechos humanos. Deben ser, simplemente, considerados con todos ellos y evaluar los conflicto que pudiera haber entre intimidad, por un lado e integridad personal, libertad o vida, por el otro.

En futuros trabajos abordaremos aspectos concretos de los problemas ligados al respeto debido al secreto profesional en distintas áreas del ejercicio de la medicina.

BIBLIOGRAFÍA

1.- GISBERT CALABUIG, JA. El ejercicio de la medicina en grupo o en equipo. Valencia. Facta, 1979.

2.- VERDU PASCUAL, FA. Secreto profesional médico. Normas y usos. 2ª edición. Editorial Comares. Granada, 2005

3.- VERDU, FERNANDO A, CASTELLÓ, ANA (2006). 'France is not different', (Carta al Editor) Journal of Medical Ethics, http://jme.bmjournals.com/cgi/eletters?lookup=by_date&days=14#593

Medicina Asertiva

Dr. Carlos Tena Tamayo

Médico. Subdirector General Médico del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, México.

Al iniciar el siglo XXI, en su esfuerzo por retomar el humanismo que debe caracterizar a la medicina, diferentes organizaciones médicas del orbe han divulgado una declaración emanada de su consenso la que denominaron "*Carta del profesionalismo médico en el nuevo milenio*", donde son enunciados que expresan como principios fundamentales: el bienestar de los pacientes; su autonomía y la justicia social, los que van ceñidos de diez compromisos profesionales que deben practicar los asociados en los diferentes países, entre ellos destacan mantener actualizada la competencia, práctica profesional con honestidad, confidencialidad, procurar distribución justa de los recursos para la salud, el compromiso para mejorar la calidad de la atención y el mantenimiento de buenas relaciones con el paciente.

Ello sin duda es uno de tantos esfuerzos que han realizado los médicos, desde hace mucho tiempo, para mejorar su práctica y la relación con sus pacientes, en un ejercicio de autocrítica que se ha basado en la sanción que efectúan los pacientes en ejercicio de su autonomía. Y es que en la práctica cotidiana algunos médicos –a veces sin darse cuenta- no han sabido tratar a los pacientes en la forma que los pacientes requieren, en especial atendiendo sus expectativas. Dicha situación, la mayoría de las veces se presenta porque no les fue enseñado algunas habilidades esenciales para la buena relación interpersonal y, enfrascados en resolver de la mejor forma el problema de salud de su paciente – lo que se ha considerado modelo biologista han mantenido la actitud paternalista tradicional, que ya no es aceptada por muchos pacientes y sus familiares, por

tanto, relación médico-paciente ha cambiado, y no así la forma de interactuar de los médicos.

No debemos olvidar que dentro de las relaciones humanas, la relación médico-paciente es una de las más complejas e intensas, ya que tanto paciente como médico dependen mutuamente del saber del otro, de su deseo de sanar y de su compromiso en el proceso terapéutico. Es una interacción entre personas que tiene su origen en el quehacer clínico y constituye el núcleo fundamental de la medicina.

Dicho vínculo ha sido conceptualizado recientemente desde el punto de vista legal como un contrato -generalmente no escrito-, sustentado entre personas autónomas, que son libres de iniciar o romper esta relación en la medida en que el paciente no sea abandonado o desee hacerlo. Sin embargo, hay que entender que esta relación, más que legal se basa en la ética y en la deontología, y que deriva de uno de los nexos más antiguos que han existido, la filosofía y la medicina. Y es precisamente el aspecto legal negativo, el que se ha incrementado desde los años sesentas con la aparición de las demandas, lo que condicionó un cambio en la actitud de los médicos, haciéndose a un lado los aspectos humanos y comunicativos de la relación con el paciente, así como las preferencias y valores de los pacientes con respecto a su enfermedad.

Históricamente muchos modelos han sido descritos para describir esa relación, el más común y que permanece hoy en día, como ya se mencionó, es la asociada a una actitud Paternalista, biologista y

reduccionista. Es por ello que, para comprender mejor la actitud del profesional de la salud y clasificarla, se han descrito diferentes modelos desde la perspectiva conductual, para intentar identificar el rol de cada integrante de la relación médico-paciente, incluidos detalles del comportamiento del médico proveedor del servicio y explicar también como los valores del paciente se incorporan en la toma de decisiones terapéuticas sobre su enfermedad. En este sentido, la enseñanza de la medicina ha propiciado un modelo paternalista que su existencia ya no es aceptada por los pacientes, más aún, que se ha matizado con la presencia de la industria del litigio, la moda de demandar a los médicos y estos últimos a defenderse o prever dicha situación a través de una actitud defensiva, que se exagera a partir de los años setentas, tiempo en el que se empieza a generalizar -desde los países industrializados al resto del mundo- una crisis de demandas por responsabilidad médica. A partir de entonces, según algunos autores, la frecuencia de demandas crece 12% en promedio cada año, con un incremento en el costo económico que va desde 7.9% anual, dependiendo del país, hasta casi el 18% en nuestros días..

Otro factor que no podemos desestimar, es la interacción de un tercer componente en esta relación que es el sistema de salud al que acude el paciente. Este factor interactúa al brindar o no recursos diagnósticos al médico, o genera desatención cuando existe una demanda del servicio que excede la capacidad instalada o no se cuenta con procesos y procedimiento apropiados, entre muchos otros, lo que influye en la calidad de la atención brindada y por ende en la confianza. Si bien esto no debiese ser un componente fundamental en este vínculo, el modelo de mercado, en donde el intercambio de compra-venta permanece incluido, la visión se ha modificado, por ejemplo, al solicitar estudios de laboratorio y gabinete que brinden una falsa tranquilidad que suple a la clínica, lo cual ha propiciado una mala práctica ejercida en plétora sin fundamento ético, que tiene como finalidad ganar una controversia en caso que se presente, esquema que ahora se conoce como *medicina defensiva*, es decir, utilizar en demasía los servicios, la sobre utilización de recursos diagnósticos, pero no sólo por los médicos, sino también algunas instituciones. Es la exuberancia de

la medicalización con el objeto de fundamentar demandas efectuadas por los pacientes; esto desde luego no significa calidad, ni un mejor vínculo en la relación médico-paciente, es sólo una protección de orden jurídico.

El reto desde el ángulo médico es retornar al estudio integral, objetivo, analítico y crítico que permita identificar a la persona como ser humano integro, basta recordar que la definición de salud de la OMS habla que ésta es el bienestar bio-psico-social y no sólo la ausencia de enfermedad. Conocer la magnitud del padecimiento de nuestro paciente, no sólo su enfermedad, es decir conocer al sujeto no al objeto, en donde los principios básicos de la bioética se reflejan: beneficencia y no maleficencia, autonomía y justicia.

Por otra parte, el reto económico se encuentra en la disminución de costos, la medicina defensiva aumenta un costo que por sí mismo resulta elevado, jugando un papel fundamental el hecho de que la relación médico-paciente está basada en la confianza, por lo que el conocer al paciente permite solicitar lo necesario para llegar al diagnóstico y no más que eso. Por ello se tiene que recuperar esa capacidad de entender a la enfermedad como una respuesta global del ser humano, no sólo de un órgano o su función, lo cual debe llevar a darle al paciente una dimensión orientada hacia su interioridad y vivencia de su padecer, contemplando los aspectos psicológicos y sociales. Es decir, se tiene que recuperar la relación médico-paciente por encima de la relación paciente-médico-institución.

Se debe volver a esa entrevista clínica realizada a un amigo, en donde la confianza y el entendimiento del otro, permiten una mejor identificación del problema, y por lo tanto el tratamiento tendrá mejores resultados, no tengamos una relación de tipo formulario-paciente. La historia clínica debe ser un relato de una relación basada en la confianza, no un formato llenado a toda prisa e ilegible, ya que sólo cuando el paciente está convencido de que el médico lo ha escuchado y comprendido, creará en él, en su capacidad para reintegrarle su salud, y con esto se solventará el problema de la adherencia

terapéutica, todos sabemos que entre el 25 y 50% de los pacientes no cumplen con su tratamiento, sin embargo, varios estudios han demostrado que el fondo de esto es un problema de comunicación, en el cual el paciente no escuchó lo que el médico le dijo, si es que lo hizo, porque quizá sólo le extendió su receta. Desde luego aquí también está como trasfondo, la falta de confianza del paciente hacia el médico. El médico tiene que utilizar su propia persona para desempeñar el papel de autoridad que le corresponde en esta relación y sin menospreciar al paciente propiciando que confíe en él y coopere en el proceso de recuperación de su salud.

La relación médico-paciente entonces está basada en un vínculo de coparticipación emocional. Ante la intensidad de estas emociones, es entendible -pero no justificable-, que el médico se proteja de dichas sensaciones negando o evitando todo vínculo afectivo con sus pacientes, pero al hacerlo se pierde la posibilidad de experimentar una de las relaciones interpersonales más intensas. En resumen, es necesario reconocer la dignidad del enfermo, tratarlo en su totalidad, respetar su libertad de elección, fomentar su participación y desde luego ponerse en el lugar del otro (Empatía).

Por otra parte, la aparición de distintas formas de apreciar la realidad y la propiamente dicha dinámica social, han dado un cambio radical al sistema de valores y convicciones sociales, apareciendo una actitud más crítica, o por lo menos diferente, hacia el equipo de salud, fundamentada en su mejor conciencia a la autodeterminación e individualismo que es fomentado por el fácil acceso a la información y conocimiento, y por otro lado, la exigencia colectiva de hacer explícitos sus derechos, deberes y obligaciones, no pocas veces mal encauzados, al menos en lo que a la salud y su atención se refiere. Y si a esto le agregamos la poca comprensión o tolerancia a la posibilidad de error, que a pesar de que el médico pone todas sus habilidades y destrezas a favor del paciente, se presenta, por el sólo hecho de ser un acto ejecutado por un ser humano, indudablemente abre una gran brecha entre la multicitada relación médico-paciente, que se ve acrecentada -dicha desavenencia- por la inadecuada actitud del médico con experiencias negativas y escaso entrenamiento en el manejo de sus emociones, no pocas

veces propiciada por sus desatenciones generadoras de desconfianza e inductoras de un ciclo vicioso, que desafortunadamente origina más inconformidades y demandas, aún cuando la causa sea multifactorial.

Es así como, durante los años sesenta en Europa y Norte América se comenzó a identificar y definir una práctica profesional diferente a la que siempre había practicado el médico. Se trata, como ya se mencionó, de una actitud defensiva ante el paciente, por la experiencia en el creciente número de demandas. Su presencia se justificaba -y lo sigue siendo- por el incremento en el número de demandas legales contra los médicos, por resultados desfavorables para los pacientes, los cuales son considerados por ellos como inexcusables en un ambiente altamente litigioso, en donde el avance científico y tecnológico -desde la perspectiva social- lo puede resolver casi todo.

Los médicos demandados, sufrieron el desprestigio y la depresión por lo que ocurría, pero decidieron, muchos de ellos, hacer todo lo posible para que las demandas no se repitieran, pero en caso de que ocurriera, tener elementos para ganarlas en los tribunales judiciales. El reto era -y desafortunadamente hoy también es- ganarle al paciente las demandas que interpusiera, y para ello habría que ir reuniendo los elementos para salir airosos del pleito establecido por el paciente o su familiar, insatisfecho de la atención recibida y los resultados obtenidos.

A este tipo de actitud del médico se le define hoy como medicina defensiva, la cual se considera no profesional e inadecuada, desde el punto de vista ético, profesional, administrativo y jurídico; sin embargo, hemos visto en las últimas décadas cómo esta práctica aberrante de la profesión se ha diseminado por varios continentes y países de América incluyendo el nuestro. Sus consecuencias, además de las éticas, son también económicas y perjudiciales para la buena relación médico-paciente, ya que la medicina defensiva propicia desconfianza y poca comunicación entre ellos.

La medicina defensiva

Es por lo antes mencionado que el médico que ejerce la medicina defensiva, es un médico inseguro y temeroso de que lo demanden. Considera a sus pacientes como potenciales enemigos. Deja de tener criterios basados en la clínica, incrementa sin fundamento en la mejor evidencia científica, el número de pruebas diagnósticas posibles, la referencia a otros especialistas, el número de consultas de seguimiento, el detalle de la información brindada y la documentación médica. Es decir, el temor a ser demandado le obliga a solicitar estudios en forma desproporcionada y, en otros casos, pedir la opinión de otros colegas, pero no pensando en el beneficio al paciente, sino en la posibilidad de compartir responsabilidades en caso de una demanda. Hay quienes han decidido mejor retirarse de la práctica profesional y otros por lo pronto no aceptan atender pacientes graves, por la posibilidad de que los resultados no sean satisfactorios para el paciente, y los lleguen por esta razón a demandar. Según un reporte de Norte América en 1995, 17.6% de los gastos de la atención médica se relacionan con prácticas de medicina defensiva. Por cada dólar destinado a cubrir las primas de seguros de responsabilidad profesional, 2.70 dólares son gastados como producto de prácticas defensivas y el temor a las demandas genera gastos mayores a 10 billones de dólares tan sólo en Estados Unidos, a través de la medicina defensiva. Un reporte realizado en el Reino Unido (1995) mostró que la mayoría de los médicos (63.85) ejercía prácticas defensivas como referir al paciente innecesariamente, realizaba seguimientos no indicados en más de la mitad de las veces (63,4%), e indicaba estudios complementarios no justificados en 59,6% de los casos. En 1997 se realizó un estudio que comparaba los estilos de comunicación entre los médicos de atención primaria que habían sido demandados y los que no. Se encontró que los médicos no-demandados: tenían visitas más largas, utilizaban mayor número de expresiones que facilitaban la comprensión a los pacientes y proporcionaban mayor orientación, reían y usaban el humor con más frecuencia, con una diferencia estadísticamente significativa en relación a los que si fueron demandados. La comunicación eficaz médico-paciente

se relaciona positivamente con la calidad de la atención, la satisfacción de los pacientes y médicos, y los resultados de salud. La mala comunicación se relaciona con insatisfacción de los usuarios de los servicios de salud, aún en casos en que la calidad técnica ha sido adecuada.

Un reporte publicado en The British Medical Journal concluyó que de los médicos encuestados sobre el tema, 98% aceptaron haber cambiado su práctica por temor a ser demandados, y en el segundo trimestre de 2003 ya se documenta por la American Medical Association una alerta en casi 20 estados de la Unión Americana por la futura escasez de especialistas en áreas de la medicina con alto riesgo de ser demandados como la ginecología o neurocirugía; el médico es ahora más selectivo de sus pacientes por temor a la demanda, y la industria del litigio es cada día más nefasta a esta relación que coadyuva a volverla perversa.

La medicina defensiva deteriora aún más la relación entre médicos y pacientes, además representa un alto costo para los pacientes, los servicios públicos de salud y tiene una consecuencia económica directa en el médico, al obligarlo a comprar seguros de responsabilidad profesional ante la elevada frecuencia de denuncias en su contra. Sólo en el estado de Texas en la Unión Americana, se calcula un gasto anual de setecientos millones de dólares por el ejercicio de la medicina defensiva. Su plena instalación en países como México sería un desastre para el sistema de salud. En los resultados de una encuesta nacional realizada por la CONAMED en 2003, revela que 61% de los médicos encuestados tiene alguna práctica defensiva en el ejercicio de la profesión y 15% son claramente defensivos y trabajan con temor de ser demandados. La medicina defensiva se demuestra completamente ineficaz como estrategia de prevención de los reclamos de los pacientes. De hecho, no contribuye a lograr una relación clínica adecuada y agrega nuevos riesgos profesionales, al propiciar actos médicos no indicados e innecesarios

Por lo anteriormente expuesto, es necesario hacer propuestas que nos permitan revertir esta forma de práctica médica. Quizá uno de los intentos para

lograrlo ha sido la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en donde, con la opinión de los pares de los médicos, se analizan las demandas y sólo se hace responsable al médico si su actuación fue negligente o imperita y con ello ocasionó un daño al paciente. Los resultados no son los que importan en la evaluación sino el cumplimiento de observar la *lex artis médica ad hoc*. Adicionalmente se debe considerar que la comunicación es una habilidad que puede ser desarrollada durante la educación formativa y la educación continuada. En la Conferencia de Salud en Barcelona 2000 se declaró la necesidad de integrar habilidades de comunicación en la enseñanza de pregrado e introducir el enfoque de la medicina centrada en el paciente tanto en las escuelas como en los egresados y especialista.

Como se aprecia, su estudio es de reciente incorporación en la enseñanza de la medicina, es una línea de investigación joven, en el año 2001, un análisis bibliométrico identificó en MEDLINE 6766 artículos sobre "comunicación, entrevista clínica, relación médico-paciente, comunicación médico-enfermo o comunicación médico-paciente", la proporción de ensayos aleatorios fue 1.4% y los metaanálisis 0.08%, lo cual es muy escaso e incipiente. Ya se realizan esfuerzos en México a través de la AMFEM (Asociación Mexicana de Facultades y Escuelas de Medicina), para incorporar dichas habilidades comunicativas entre las nueve competencias mínimas que debe manejar el estudiante de medicina de las instituciones afiliadas. La Facultad de Medicina de la UNAM ha iniciado un proceso de capacitación de sus profesores para incorporar dichas capacidades en sus egresados, ejercicio que fue apoyado por la CONAMED, situación similar se ha presentado con la Universidad Panamericana.

Sin embargo, para resolver el problema de fondo hay que ir al verdadero origen del problema, y éste radica en el tipo de relación que el médico mantiene con su paciente. Es donde debemos encauzar grandes esfuerzos y voluntades para propiciar los cambios efectivos que permitan revertir la tendencia y que en el futuro el médico recupere la figura de respeto, confianza y cariño de todos sus pacientes.

Medicina Asertiva

Asertivo según el diccionario de la Real Academia Española significa afirmativo, el que afirma con certeza algo; sin embargo, hay numerosas definiciones cuando se habla de conducta asertiva, hay quienes plantean la asertividad como la defensa de los derechos. Lange y Jakubowaki plantean que: "La aserción implica defender los derechos y expresar pensamientos y creencias en forma honesta, directa y apropiada, sin violentar los derechos de los demás. La base de la aserción es la comunicación mutua, dar y recibir respeto".

Luego entonces, la Asertividad es un aspecto de la comunicación del individuo que le permite garantizar que sus mensajes son transmitidos con suficiente claridad, que expresan lo que cree, siente y piensa de manera directa en el momento oportuno, para evitar caer en la falta de interpretación; al mismo tiempo verifica el contenido de los mensajes que recibe, interpretándolos con la misma objetividad referida. La interacción que se da en las relaciones interpersonales puede ser una fuente de satisfacción si existe una comunicación abierta y clara; si la comunicación es confusa, como se ha mencionado en diferentes apartados, puede originar problemas. En la práctica, esto supone el desarrollo de facultades para: a) Expresar sentimientos y deseos positivos y negativos de una forma eficaz, sin negar o menospreciar los derechos de los demás y sin crear o sentir vergüenza, b) Discriminar entre la aserción, la agresión y la pasividad, c) Estar conciente cuando la expresión personal es importante y adecuada y d) Defenderse, sin agresión o pasividad, frente a la conducta poco cooperadora, apropiada o razonable de los demás.

Ser asertivo es comunicarse en sociedad con conducta aceptable, que aprueba a una persona en su actuar, acorde con sus intereses, defendiéndolos sin exagerar, y expresando sentimientos honestos haciendo valer sus derechos personales sin negar los derechos de los demás. Dicha actitud se puede adquirir y entrenar, la ventaja de aprender y practicar comportamientos asertivos es que se hacen llegar a los demás, los propios mensajes expresando

opiniones, mostrándose considerado, consiguiéndose seguridad y reconocimiento social. Sin duda, el comportamiento asertivo ayuda a mantener una alta autoestima. En todo caso, para aprender asertividad es completamente imprescindible tener bien claro el hecho que tanto el estilo agresivo, como el pasivo, por lo general, no sirven para conseguir los objetivos deseados.

Como se refiere en la bibliografía, el individuo que se comporta asertivamente; suele defenderse bien en sus relaciones interpersonales, es por ello que se considera de autoaprendizaje, está satisfecho de su vida social y tiene confianza en sí mismo para cambiar cuando necesite hacerlo, es expresivo, espontáneo, seguro y capaz de influenciar a otros.

Interpretando a diferentes autores y enfocándolos en el concepto de "**Medicina Asertiva**" –propuesta que hacemos para combatir la medicina defensiva-, en un esfuerzo de síntesis, es mantener ante los pacientes un comportamiento asertivo, considerando que el mensaje básico de la aserción es: "*esto es lo que yo pienso; esto es lo que yo siento; así es como yo veo la situación*", sin afectar o degradar la otraedad, en actitud siempre conciliadora y abierta a la negociación.

Profundizando más en el concepto de conducta asertiva en la práctica clínica que combata la medicina defensiva, podemos decir que, en toda relación interpersonal debe mediar una respuesta asertiva, que surja de la expresión directa de los propios sentimientos, necesidades, derechos legítimos u opiniones sin amenazar o castigar al paciente y sin violentar sus derechos, manteniendo respeto a las diferencias. Han demostrado varios autores que la aserción implica respeto, hacia uno mismo y a los demás, con libertad. En el terreno personal, sin duda la conducta asertiva suele ser la más eficaz para conseguir objetivos que la agresiva o la pasiva, pero no está planeada para que el individuo consiga siempre lo que quiere. Tampoco elimina la posibilidad de conflicto.

Por tanto, el médico que tiene una comunicación directa, adecuada y franca, que tiene facilidad para comunicarse con toda clase de personas y no presenta temores en su comportamiento, es un médico con comportamiento asertivo. Y es que la asertividad no es

un rasgo de la persona, sino que un individuo se comporta asertivamente o no, en una variedad de situaciones. Otros aspectos que apoyan la actitud asertiva de la práctica profesional y que son frecuentemente soslayados, son resaltados en esta propuesta de practicar una medicina asertiva. La capacidad de ser sincero y compasivo, tiene también que ver con la facilidad de dar malas noticias con respeto, tacto y sinceridad, pero con la compasión plena del ser humano.

Ante la necesidad de dar una respuesta que combata a la medicina defensiva, se propone considerar un concepto basado en la conducta asertiva, la cual, al llevarla la praxis los médicos, podrán entonces **practicar una Medicina Asertiva, no es difícil su implementación, para ello se requieren sólo cuatro actitudes:**

- 1) **Comunicación apropiada.** Que el médico, al ejercer frente a su paciente, mantenga una comunicación verbal y no verbal adecuada con su paciente, para lograr el fin que los mantiene en ese momento unidos, generando la confianza y empatía, generando una comunicación humana.
- 2) **Defender sus Derechos.** El médico asertivo deberá, en el ejercicio cotidiano de su profesión, conocer y defender sus derechos como médico.
- 3) **Respetar los Derechos de los pacientes.** También debe en todo momento proteger los derechos de sus pacientes, en apego a los principios éticos de la medicina.
- 4) **Actuar con seguridad y conocimientos.** El último componente para ejercer la medicina de manera asertiva, es que el profesional médico actúe con seguridad, con confianza en sí mismo, porque tiene el bagaje suficiente de conocimientos científicos y técnicos que le permitirán ajustarse a la *lex artis medica*, manteniendo una actualización continua que le permita la recertificación del Consejo de Medicina del área de la medicina que ejerce.

Como ya fue mencionado, para mantener la conducta asertiva es necesario respetar los derechos de los pacientes, para ello debemos estar al tanto. En el año 2001, la CONAMED, condujo una consulta nacional para rescatar los derechos que los pacientes tienen en nuestro país, y que están claramente identificados en alguna ley o reglamento de observancia obligatoria en el país, y que son desde entonces, dados a conocer y considerados en los instrumentos de cotejo para certificación de hospitales, por tanto, consideramos de utilidad darlos a conocer en asociación a la propuesta de **la Medicina Asertiva**.

Los siguientes son los Derechos Generales de los pacientes en México:

1. Recibir atención médica adecuada

El paciente tiene derecho a que la atención médica se le otorgue por personal preparado de acuerdo a las necesidades de su estado de salud y a las circunstancias en que se brinda la atención; así como a ser informado cuando requiera referencia a otro médico.

2. Recibir trato digno y respetuoso.

El paciente tiene derecho a que el médico, la enfermera y el personal que le brinden atención médica, se identifiquen y le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera que sea el padecimiento que presente; y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

3. Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz.

El paciente, o en su caso el responsable, tiene derecho a que el médico tratante les brinde información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; se exprese siempre en forma clara y comprensible; se brinde con oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea esta información siempre veraz y ajustada a la realidad.

4. Decidir libremente sobre su atención

El paciente, o en su caso el responsable, tienen derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en pacientes terminales.

5. Otorgar o no su consentimiento para procedimientos con riesgo.

El paciente, o en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tiene derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines diagnósticos o terapéuticos, a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá ser informado en forma amplia y completa en qué consisten, en los beneficios que se esperan, así como de las complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse a consecuencia del acto médico. Lo anterior incluye las situaciones en las cuales el paciente decida participar en estudios de investigación en caso de donación de órganos.

6. ser tratado con confidencialidad

El paciente tiene derecho a que toda la información que exprese a su médico, se maneje con estricta confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa de su parte, incluso la que derive de un estudio de investigación al cual se haya sujetado de manera voluntaria; lo cual no limita la obligación del médico de informar a la autoridad en los casos previstos por la ley.

7. Contar con facilidades para obtener una segunda opinión

El paciente tiene derecho a recibir por escrito la información necesaria para obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

8. **Recibir atención médica en caso de urgencia**

Cuando está en peligro la vida, un órgano o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia por un médico, en cualquier establecimiento de salud, sea público o privado, con el propósito de estabilizar sus condiciones.

9. **Contar con un expediente clínico**

El paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciba sean asentados en forma veraz, clara, precisa, legible y completa en un expediente que deberá cumplir la normativa aplicable y cuando lo solicite, obtener por escrito un resumen clínico veraz de acuerdo al fin requerido.

10. **Ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida**

El paciente tiene derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se inconforme por la atención médica recibida de servidores públicos o privados. Así mismo tiene derecho a disponer de vías alternas a las judiciales para tratar de resolver un conflicto con el personal de salud.

Así también, como se mencionó en la propuesta de la práctica de **Medicina Asertiva**, es parte complementaria que los médicos exijan el respeto de sus derechos. Dichos Derechos, al igual que los de los pacientes, fueron consensuados durante el año 2002 en toda la nación, entre las instituciones públicas y privadas, sociedades, colegios, consejos, academias, universidades y médicos líderes de opinión. Al igual que los de los pacientes, se encuentran inmersos en la Constitución, Leyes, Normas y Reglamentos, quedando la explicación de cada uno de los puntos integrantes del decálogo, declarados de la siguiente forma:

Para inducir la práctica de la medicina asertiva, en México se realizó por consenso nacional la **Carta de los Derechos Generales de los Médicos**:

1. El médico tiene derecho a que se respete su juicio clínico (diagnóstico y terapéutico) y su libertad prescriptiva, así como su probable decisión de declinar la atención de algún paciente, siempre que tales aspectos se sustenten sobre bases éticas, científicas y normativas.
2. El médico tiene derecho a contar con lugares de trabajo e instalaciones que cumplan con medidas de seguridad e higiene, incluidas las que marca la ley, de conformidad con las características del servicio a otorgar.
3. Es un derecho del médico, recibir del establecimiento donde presta su servicio: personal idóneo, así como equipo, instrumentos e insumos necesarios, de acuerdo con el servicio a otorgar.
4. El médico tiene derecho a no emitir juicios concluyentes sobre los resultados esperados de la atención médica.
5. El médico tiene derecho a recibir del paciente y sus familia-res trato respetuoso, así como información completa, veraz y oportuna relacionada con el estado de salud. El mismo respeto deberá recibir de sus superiores, personal relacionado con su trabajo profesional y terceros pagadores.
6. El médico tiene derecho a que se le facilite el acceso a la educación médica continua y a ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional, con el propósito de mantenerse actualizado.
7. El médico tiene derecho a participar en actividades de investigación y enseñanza como parte de su desarrollo profesional.
8. El médico tiene derecho a asociarse en organizaciones, asociaciones y colegios

para su desarrollo profesional, con el fin de promover la superación de sus miembros y vigilar el ejercicio profesional, de conformidad con lo prescrito en la ley.

9. El médico tiene derecho a la defensa de su prestigio profesional y a que la información sobre el curso de una probable controversia se trate con privacidad, y en su caso a pretender el resarcimiento del daño causado. La salvaguarda de su prestigio profesional demanda de los medios de comunicación respeto al principio de legalidad y a la garantía de audiencia, de tal forma que no se presuma la comisión de ilícitos hasta en tanto no se resuelva legalmente cualquier controversia por la atención médica brindada.
10. El médico tiene derecho a ser remunerado por los servicios profesionales que preste, de acuerdo a su condición laboral, contractual o a lo pactado con el paciente.

Practicar la Medicina Asertiva, permitirá mejorar la calidad de la atención médica desde el punto de vista técnico y, sin lugar a dudas, mejorará sustancialmente la relación interpersonal, incrementará la satisfacción de los pacientes y sus familiares, y evitará por lo tanto, las demandas o denuncias contra los médicos; con ello se podrá contener y revertir los efectos de la medicina defensiva.

Bibliografía:

1. ABIM Foundation, ACP-ASIM Foundation, European Federation of Internal Medicine. Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter. *Ann Intern Med*, February 2002; 136(3):243-246.
2. Stone T., Mantese A.; Conflicting values and the patient-provider relationship in managed care. Implications of cost and quality in managed care. *J Health Care Finance*. Vol. 26 (1), Fall 1999, 48-62.
3. Stone Tamara T, Mantese Annamarie. Conflicting values and the patient-provider relationship in managed care. *J Health Care Financ* 1999; 26(1):48-62.
4. Stiggelbout AM, Kiebert GM. A role for de sick role. Patient preferences regarding information and participation in clinical decision-marking. *Canadian Medical Assoc Jour* 157 1977 (4):383-389.
5. Gawande AA, et al. Does Dissatisfaction with Healt plans stem from Having No Choices?. *Healt Affairs* 1988; 17(5): 184-194.
6. ABIM Foundation, ACP-ASIM Foundation, European Federation of Internal Medicine. Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter. *Ann Intern Med* 2002; 136 (3):243-6.
7. Mohr. *JAMA* 2000;283(13):173-1737.
8. Fraser. *Am Acad Pediat* 2001;107(3):602-607.
9. Sánchez-González JM, Tena-Tamayo C, Campos-Castolo EM, Hernández-Gamboa LE, Rivera C E. Medicina defensiva en México: una encuesta exploratoria para su caracterización. *Cir Cir* 2005; 73(3): 199-206.
10. Rodríguez O. G.; Relación médico-paciente. Interacción y comunicación. OMS UNAM. Enero 2000.
11. Mechanic D. Physician Discontent: Challenges and Opportunities *JAMA* 2003;290(7):941-946.
12. Levinson W; Roter DL; Mullooly JP; Dull VT; Frankel RM: Physician-Patient Communication. The relationship with malpractice claims among primary care physicians and surgeons. *JAMA*. 1997;277:553-559
13. Zuger A. Dissatisfaction with Medical Practice (Special Report). *NEJM*. 2004;350(1):69-75.
14. Barrier PA, Li TC, Jensen NM. Two words to improbe physician-patient communication: What else? *Mayo Clinic Proceedings* 2003; 78(2): 2111-214.
15. Stone T., Mantese A.; Conflicting values and the patient-provider relationship in managed care. Implications of cost and quality in managed care. *J Health Care Finance*. Vol. 26 (1), Fall 1999, 48-62
16. Cockburn J, Pit S. Prescribing behaviour in clinical practice: patients' expectations and

- doctors perceptions of patients' expectations. *BMJ* 1997; 315: 520-522.
17. Rivera-Cisneros AE, González NJ, Martínez-López S, Campos-Castolo M, Sánchez-González JM, Tena-Tamayo C, Manuell-Lee GR. Estudio exploratorio sobre la enseñanza de la comunicación humana asociado a la práctica médica. *Cir Cir.* 2003 May-Jun; 71(3): 210-216.
 18. Tena Tamayo C, Sánchez González JM. Medicina Asertiva. En: *La Comunicación Humana en la relación médico-paciente.* Tena Tamayo C. Hernández Orozco F Editores, Editorial Prado, México D.F. 2004.
 19. American Medical Association, Socioeconomic characteristics of medicine practice. Chicago Ill. Center for health policy research, 1992, p 5.
 20. Barrier PA, Li TC, Jensen NM. Two words to improve physician-patient communication: What else? *Mayo Clinic Proceedings* 2003; 78(2): 2111-214.
 21. Sánchez González JM, Tena Tamayo C, Rivera C AE et al. Medicina defensiva en México: una encuesta para su caracterización. *Cir Cir* 2005;74: (3):203-210
 22. Charles RK. *Communication skills in Medicine.* British Medical Journal Publishing Group, ed Española. Barcelona, Medical Trends, SL 2000.
 23. Cooper LA, Roter DL, Johnson RL, Ford DE, et al. Patient-Centered Communication, Ratings of Care, and Concordance of patient and Physician Race. *Ann Intern Med.* 2003; 139: 907 915.
 24. Tena Tamayo C, Sánchez González JM, Medicina Asertiva: una propuesta contra la medicina defensiva, *Ginecol Obstet Méx* 2005; 73(10): 553-559.
 25. Godolphin W. The role of risk communication in shared decision making. *BMJ.* 2003; 327: 692-693.
 26. Tena-Tamayo C, Ruelas Barajas E, Sánchez González JM y Col. Derechos de los pacientes en México. *Rev Med. IMSS* 2002; 40(6):523-528.
 27. Tena-Tamayo C, Ruelas Barajas E, Sánchez González JM, Rivera Cisneros A. y Col. Derechos Generales de los Médicos, Experiencia Mexicana. Para su determinación y difusión. *Rev. Med. IMSS* 2003;41(6):503-508.
 28. U.S. Congress. Office of Technology Assessment. *Defensive medicine and medical malpractice.* Washington: U.S. Government Printing Office, 1994: 186 p. (Publicación n°: OTA-H—6O2). Obtenido de: <http://www.wws.princeton.edu/ota/disk1/1994/9405/9405.PDF> (Consultado OCTUBRE 6 de 2006).
 29. Vaughn FK, With MK. Choices and Changes: A New Model for Influencing Patient Health Behavior. *JCOM* 1997; 4: 33-36.