

# IMPLICANCIAS MÉDICO-LEGALES DE LA PRÁCTICA QUIRÚRGICA

E. Marcelo López Avellaneda \*

## Introducción

Hoy el ejercicio de la profesión requiere tener conocimientos que exceden los de la medicina tradicional. Es decir todos los cirujanos deben tener conocimientos acerca de los conceptos básicos del Derecho y del ordenamiento normativo para guiar su práctica profesional.

## Consideraciones generales

La expresión Juicio por mala praxis es incorrecta. Debe decirse Juicio por responsabilidad profesional. Solo será "por mala praxis" cuando así lo dictamine el Juez. Sin embargo esta expresión está fuertemente impuesta por el uso. Todo médico puede ser llevado ante la justicia penal como procesado o civil como demandado o a las dos. Sí fuera condenado en lo penal lo será con pérdida de su libertad o inhabilitación y en lo civil con indemnización monetaria. En cambio desde el punto de vista ético las sanciones son disciplinarias.

No hay recetas mágicas que todo lo pueden para adquirir una inmunidad ético jurídica confiable y duradera contra las demandas. Sin embargo tenemos la convicción que existen normas y procedimientos que bien cumplimentados nos permiten el ejercicio profesional con relativa tranquilidad.

## Responsabilidad Médico-Legal de los cirujanos

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

Para Achaval "la responsabilidad profesional es para los médicos, la obligación civil de reparar los daños ocasionados y sufrir las consecuencias penales de los actos cometidos por culpa grave en el ejercicio de su profesión". Es decir cuando el médico por su culpa produce un daño al paciente, debe repararlo.

La teoría del médico impune de Savatier ha quedado completamente superada. Como integrante de una sociedad organizada estamos sometidos a la ley y por lo tanto *el ejercicio profesional médico se encuentra sometido a derecho*. Sin embargo, debe quedar absolutamente claro, la ley no castiga el fracaso de la medicina sino el pro-

ceder indebido de un médico que genera un daño de lesiones o muerte a un enfermo a su cargo.

Teniendo en cuenta que el orden jurídico es aquel que la sociedad establece para su tranquilidad y armonía, mediante normas que lo garantizan, toda transgresión o violación de esas normas (conducta antijurídica), justifica la aplicación de una pena o sanción.

## **Tipos de responsabilidad Médica: Civil y Penal**

El presunto damnificado puede iniciar una doble acción civil y penal. Hay responsabilidad Penal cuando se trata de un delito, y responsabilidad Civil, cuando hay daño físico con perjuicio económico. La responsabilidad Civil tiene básicamente un carácter reparativo es decir se obliga al profesional a indemnizar el daño producido.

La acción Civil puede iniciarse contra el profesional y también contra cualquier institución, sanatorio, etc. Plazo de prescripción: 10 (diez) años.

Hay responsabilidad penal cuando se trata de un delito y genera una sanción penal: prisión, reclusión, multa o inhabilitación. Esta responsabilidad siempre es personal, es decir la acción penal puede ser ejercida únicamente contra el médico y persigue su castigo. Prescripción variable según delito. 2 años como mínimo.

## El Contrato Médico

Se entiende por contrato aun acuerdo de voluntades destinado a establecer las obligaciones de cada uno de los contratantes. Este contrato es no formal, es decir, no está escrito. Esta relación entre médico y paciente se llama *relación contractual* y es rescindible y se establece ante el solo requerimiento de los servicios profesionales. La responsabilidad civil del médico es esencialmente contractual por cuanto nace del incumplimiento del contrato tácito. Plazo de prescripción: 10 años.

Existe otra *relación* que es la *extracontractual*, que es aquella en la que no existe acuerdo previo al acto médico (urgencias, pacientes en coma, accidentes). Prescripción: 2 años.

## **Obligaciones de medios y de resultado**

Los deberes del médico para con los pacientes son las Obligaciones de medios y de resultado.

Mientras en las *obligaciones de medios* el médico se compromete con prudencia y diligencia a em-

\* Profesor Titular de la I° Cátedra de Patología y Clínica Quirúrgica

plear los medios razonablemente necesarios para intentar la curación, en las *obligaciones de resultado*, el médico se compromete a obtener resultados.

### **Presupuestos de la obligación de indemnizar Culpa o Falta Médica**

Existe culpa cuando el incumplimiento de la obligación asumida por el profesional genera un daño al paciente sin que aquel haya tenido intención de producirlo. Es el error de conducta que no hubiera cometido un individuo normalmente diligente.

En la culpa no existe intencionalidad dañosa y el perjuicio proviene básicamente del error que se transforma en culpa cuando se hace inexcusable por haber actuado con negligencia, impericia o imprudencia, así como por la inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo, por parte del profesional, pues, luego de dictada la reglamentación se presume que no acatarla es signo de negligencia. Para evaluar la culpa médica el juez puede aplicar un criterio estricto, permisivo o intermedio. Este último quiere decir, no tan amplio que signifique impunidad, ni tan estricto que impida el ejercicio profesional. Es el que apoya la comunidad médica. En materia penal existe el principio de *presunción de inocencia* por lo que se deduce que la carga de la prueba debe estar a cargo del demandante. En cambio existe la teoría de la *Carga Dinámica* en la que el que debe probar es el que está en mejores condiciones de hacerlo, es decir el médico. En estos casos la responsabilidad profesional es más severa. Por ejemplo esto se aplica en casos de graves irregularidades de la historia clínica.

#### **Daño**

Es la lesión o perjuicio material o moral. *Sin daño, no hay mala práctica*. El daño puede ser material o moral y también psíquico y biológico. A su vez el daño material puede ser emergente (gastos en que ha incurrido el demandante) y lucro cesante (ganancia dejada de percibir).

El daño moral es aquel que sufre el damnificado en sus valores morales, no económicos. (Lesión de derechos extrapatrimoniales).

#### **Relación de causalidad**

Es el vínculo de conexión o nexo causal entre el hecho producido por el médico y el daño causado al paciente. Es decir, en ausencia del hecho incriminado, el daño no se hubiera producido.

#### **Mala Praxis o Malpraxis (MP)**

Como ya dijimos es un error hablar de «juicio de mala praxis». Debe hablarse de «juicio de Res-

ponsabilidad Profesional». Para que exista mala praxis no solo debe probarse la infracción a las normas médicas sino que dicha infracción haya ocasionado un daño. No es necesario buscar si existió intención. La MP consiste en no haber empleado las conductas diagnósticas y terapéuticas aceptadas y establecidas, produciendo un daño al paciente por impericia, imprudencia o negligencia.

#### **Requisitos**

Para que se ponga en juego el aparato de la responsabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. El autor debe ser médico e imputable.
2. La acción u omisión que produce el daño, corresponde al quehacer profesional.
3. Culpa o falta médica: impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y obligaciones del cargo.
4. Daño (moral o material).
5. Relación de causalidad.

#### **Eximentes de responsabilidad**

Son circunstancias que producen el efecto de liberar de responsabilidad al profesional demandado.

Son eximentes de responsabilidad:

*Error de diagnóstico excusable*: el médico está comprometido si hay un error grosero. Es excusable, en cambio, el error diagnóstico en un caso atípico o confuso.

*Caso fortuito*: es aquella circunstancia que no ha podido preverse o que prevista, no ha podido evitarse.

*Conducta del paciente*: es eximente de responsabilidad cuando no cumple las prescripciones, interrumpe el tratamiento, abandona al médico o se niega a recibir atención médica.

*Fracaso del tratamiento*: es el caso de un tratamiento correctamente indicado pero fracasa por las particulares reacciones orgánicas del paciente.

*Estado de necesidad*: según el art. 34 inc. 3° del Cod. Penal, se declara no punible «el que causare un mal para evitar otro mayor, inminente, al que ha sido extraño».

*latrogénia*: Es el daño por la actuación médica, sin culpa profesional imputable. Como no hay desaprensión, audacia o temeridad, no hay responsabilidad. Si hay lesión o complicación debiera llamarse patoiatrogenia, verdadero riesgo terapéutico que por su ejercicio profesional correcto y sin culpa produce el médico.

*Culpa de un tercero*: Generada por profesionales con autonomía científica y técnica (anestésista,

hemoterapeuta) que hubieren actuado en el diagnóstico o tratamiento. En las causales eximentes de responsabilidad médica, la carga probatoria recae exclusivamente en el profesional.

#### Juicios de responsabilidad profesional

Hoy se exige el máximo de éxito diagnóstico y terapéutico y ante el menor error se plantea la acción por daños. Es decir ante un presunto daño se supone que hubo algún tipo de negligencia profesional y se hace la demanda.

#### **A) Causas de los juicios**

##### *Causas atribuidas al Paciente*

Mala RMP. Afán de enriquecimiento: transformación del dolor en lucro. Ante un resultado no esperado se piensa que hubo negligencia, imprudencia o impericia. El mito popular de la medicina infalible, triunfalista.

##### *Causas atribuidas al médico*

Inadecuada formación. Deterioro RMP. Falta de conocimiento de leyes y derechos de los enfermos. Multiempleo (poco tiempo para los pacientes). Aceptabilidad a circunstancias precarias del acto médico. Insuficiente comunicación con el paciente.

##### *Causas del ámbito social*

Posibilidad de litigar sin costas. El juicio no le cuesta nada al demandante. Rentabilidad: estudios jurídicos y pacientes. Deshumanización de la medicina. Concepción mercantilista de la profesión: se paga por un "servicio" y si este es considerado inadecuado, se hace la demanda. Existencia de una "sociedad reclamante".

#### **B) Consecuencias de los Juicios**

*Desfavorables:* Medicina defensiva, Cirugía segura, Cirugía en menos, Síndrome judicial, Costos, Necesidad de seguros, Daño irreparable a la fe pública en los médicos y la medicina.

*Favorables:* Mejor atención médica.

#### Medidas de Prevención

Buena praxis. Conocimiento y respeto de las leyes. Respeto de los derechos de los pacientes. Buena relación médico paciente. Buena relación institución paciente. Segunda opinión con profesionales de prestigio. HC correcta. Protocolo quirúrgico. Consentimiento informado. Ejecución de la operación según arte. Si no se dan las condiciones, no operar. Operación justificada (no innecesaria).

Ante complicaciones:

Dar explicaciones pero no disculpas. Incrementar el seguimiento. Ofrecer interconsultas. Registrar todo en la HC.

#### Como actuar ante una demanda

Controlar las consecuencias del síndrome judicial, intentando restar dramatismo a la situación. Unificar criterios del equipo. Comunicación con la compañía de seguros o con el Fondo de Resguardo Profesional. Buscar un abogado especializado. Conocer el juicio para coactuar con el abogado. Seleccionar el perito de parte. Estudio bibliográfico actualizado del problema planteado. Si es necesario, buscar el asesoramiento científico y legal de instituciones acreditadas. Tener fortaleza, pues la debilidad nos hace vulnerables. No responder agresiones con agresiones. Dar explicaciones si es necesario. En ciertas circunstancias, solicitar o aceptar la mediación.

#### Historia Clínica (HC)

Siendo el documento en el que consta los medios a que el médico se obligó, es el medio más seguro de defensa y el mejor testigo. Debe tener información suficiente, registrada en forma secuencial que justifique diagnóstico, tratamiento, evolución y resultado final. Es un documento obligatorio y es la manera que tiene el médico de ilustrar el criterio del juez, para la sentencia. La HC debe contener todo lo que pueda traducir pericia médica: legible, contemporánea, foliada, con fecha y hora, firma, sello, protocolos, estudios, interconsultas, evolución, epicrisis, alta.

Los aspectos ético-legales de la HC son: Confidencialidad, Propiedad, Acceso, Conservación (10 años). Como conclusión sobre este tema diremos que para el juez, todo aquello que no este registrado en la historia clínica, se presume no realizado.

#### Consentimiento Informado (CI)

En el caso de los cirujanos consiste básicamente en explicar al enfermo y si es posible aun familiar, de una manera simple y clara, las ventajas y desventajas de la operación propuesta. Posteriormente, se solicita el consentimiento.

*Fundamento Jurídico:* Según Bustamante Aisina: "El cuerpo de un enfermo no puede ser tocado por el médico sin el consentimiento del mismo". Es decir operar un enfermo sin consentimiento es un delito penal y para Orgaz es una ilicitud civil y penal.

*Fundamento Etico:* El CI es una regla moral que deriva del reconocimiento del principio de autonomía. Es decir, el paciente toma las decisiones después de la información suministrada por el cirujano. El tradicional paternalismo médico se opone a la autonomía de la voluntad del paciente en la toma de decisiones.

### Conclusiones y Recomendaciones

Como colofón del Relato y en base a reflexiones personales haremos las siguientes conclusiones y recomendaciones:

#### Para la AAC

\* Para que estas recomendaciones no queden solo como expresión declamatoria, solicitamos a la MC las incorpore como propias y gestione institucionalmente su aplicación. Esto además de lo que la MC hace en cuanto a protección, gestión, asesoramiento, publicaciones ya todas las actuales acciones.

\* Liderar con fuerte protagonismo la formación técnica, ética y legal de todos los cirujanos argentinos.

#### Para el Estado

\* Solicitamos leyes que regulen el ejercicio de la cirugía y que tengan un armonioso equilibrio entre los derechos de la sociedad, los pacientes y los médicos.

\* Al elaborar leyes relativas al ejercicio profesional le proponemos al estado, consulte la autorizada opinión de instituciones de la seriedad y solvencia de la MC.

#### A la Sociedad

\* Dice Ortega y Gasset: « Cuando el ambiente nos es hostil nos deprime y dificulta que nuestra personalidad se desarrolle y fructifique plenamente ». Entonces, no crear un ambiente hostil para el desarrollo de la actividad profesional y científica de los médicos para no generar condiciones laborales agresivas que son nocivas y deteriorantes para cualquier actividad humana.

\* Que la sociedad no se ensañe con los encargados de velar por su salud, los mas eficaces agentes de la esperanza terrenal de la humanidad: los médicos.

\* Es necesario iniciar una cruzada de rescate del viejo rol reverencial del médico y que ha mutado en un objeto permanentemente cuestionado, de bajo costo, descartable, demandable y hasta condenable.

\* Solo con un periodo de aprendizaje se llega a experto. Si la sociedad no acepta este mecanismo, jamás será atendida por expertos.

#### A los medios de comunicación

\* El deterioro de la imagen del médico se acompaña inexorablemente del deterioro de la imagen de la medicina, con importantes consecuencias sociales.

\* Objetividad responsable. Que sus asesores, médicos o no, sean expertos. Que recaben información en instituciones científicas de reconocida trayectoria antes de comprometerse con informaciones sensacionalistas.

\* Cuidado con alimentar el mito popular de la medicina como ciencia exacta sin fracasos.

\* No pretendemos un periodismo amordazado y complaciente, sino uno responsable, y solo comprometido con la verdad.

#### A los Jueces

La muerte puede ser el episodio final de la historia natural de la enfermedad. El hombre también tiene límites, no es inmortal.

El juez como perito de peritos actuará siempre con rigor, ecuanimidad y equilibrio procesal.

A los peritos debe exigírseles capacitación en la especialidad y acreditación.

#### A los Abogados Demandantes

Que mantengan un accionar ético y responsable como corresponde aun profesional universitario.

A los que no vean o no quieran ver el peligro que el asedio al médico implica, que recuerden su responsabilidad histórica ante un futuro incierto para la salud de la comunidad.

#### A los Abogados Defensores

Todo juicio es un litigio, disputa o contienda y en toda contienda, quien no se defiende debida y oportunamente, es vencido.

La ley procesal obliga que las pruebas se ofrezcan, se ordenen y se produzcan en tiempo oportuno y diligentemente, para evitar incurrir en negligencia procesal.

La defensa no se agota con una buena contestación de la demanda, también hay que tratar de convencer al juez de que nos asiste la razón.

#### A los Profesores Universitarios

Deberán tener conciencia de su responsabilidad, pues al decir de Agrest, "Evaluar permisivamente es mala praxis docente y graduar incapaces es emitir moneda falsa".

#### A los Médicos

Las leyes no exigen que los médicos sean virtuosos, pero la moral aconseja que lo sean. Es decir es un requerimiento moral y no jurídico.

Los médicos deben tener siempre presente que no son punibles el error ni el fracaso, pero si lo es la irresponsabilidad y la negligencia.

Frente a la demanda nuestra suerte dependerá de un juez tan falible como nosotros. Por lo tanto extrememos la prevención.

Aunque los cirujanos tenemos obligaciones de medios, los resultados cuentan, pues su no obtención suele generar demanda.

Cirujano bien dotado técnicamente con solvencia profesional y moral, puede actuar en libertad.

El desconocimiento del Derecho no sirve de excusa y nos hace vulnerables.

Los cirujanos sometidos a juicio, son absueltos o condenados con las pruebas que ellos mismos producen y aportan. Gran valor de la HC.

El cirujano se liberará de la responsabilidad si logra demostrar que hizo cuanto humana y técnicamente estuvo a su alcance para impedir la producción del daño. Ofrezcamos pues la mejor atención.

"Perdamos" unos minutos en el enfermo y no años y hasta la vida en Tribunales.

No es bueno que el médico no conozca sus derechos. Pero es grave que no conozca sus obligaciones.