

(Publicado en la Revista Novedades Jurídicas, Año IV, Número 19, febrero del 2007, Ediciones Legales, páginas 12 al 23)

LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE Y

LA MALA PRAXIS MÉDICA

DR. JAIME TAMAYO MARTÍNEZ

SUMARIO: 1. Relación Médico Paciente; 2. Derechos del Paciente, Lex Artis y el Acto Médico (Principio del Acto Médico); 3. Definición de Mala Práctica Médica; 4. Responsabilidad del Médico frente a la Mala Praxis; 5. Errores, Ignorancia y Negligencia; 6. Infracciones y sanciones por la Mala Praxis (Infracciones Administrativas en la Ley Orgánica de Salud; Reclamaciones Judiciales); 7. Conclusiones; 8. Bibliografía; 9. Webgrafía.

La medicina y la práctica médica, con su investigación y estudio constante, tendiente a obtener el bienestar, la sanación y el buen nivel de vida del paciente a cargo del o los profesionales médicos, se constituye, como siempre lo ha sido, en una de las profesiones más importantes, extenuantes y satisfactorias del ser humano, pero a la vez se convierte en una vocación primaria y primordial de vida, imponiendo tan grande responsabilidad en el galeno, al punto que en los últimos años se ha tratado con mayor interés la relación médico paciente, sus derechos y obligaciones, así como sus responsabilidades y consecuencias de los resultados de esta relación.

A través del presente documento se va a efectuar un análisis de la relación jurídica entre médico y paciente, las responsabilidades y derechos de cada uno de ellos, para luego entrar al estudio de la mala praxis médica, sus formas y sanciones.

I. RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

La relación entre médico y paciente no ha sido la misma a través de los tiempos. En efecto, históricamente, desde el inicio de los tiempos y desde los cuales se tiene registro, se concibió al médico o tratante como una suerte de Dios sobre la tierra, quien era incapaz de cometer algún error. Así, cuando la sanación del enfermo no era alcanzada, se asumía que se trataba de un desenlace inevitable.

Esta concepción mesiánica ha variado recién a mediados del siglo XX, especialmente a raíz de la finalización de la segunda guerra mundial.

Con la caída del régimen nazi en 1945 y con la incursión del ejército aliado en todos los reductos nazis, se dio a conocer al mundo las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial en los diversos campos de concentración, en especial lo relacionado con los experimentos médicos efectuados a los seres humanos ahí recluidos. Estas noticias conmocionaron a la humanidad, al punto que se reconoce la existencia de una nueva generación de los derechos de las personas, los derechos humanos.

Cabe aclarar que estos experimentos fueron efectuados en su gran mayoría por médicos, los mismos que se despojaron su principio natural de asistencia de la actividad médica en beneficio de sus pacientes, para ingresar al campo del morbo, justificándolo con el ánimo de conocimiento científico, investigando y registrando los tratamientos a fin que sus resultados sean accesibles a la comunidad médica.

Como consecuencia de ello muta la concepción de la relación médico-paciente, y se convierte en una de tipo despersonalizado¹, estableciéndose a esta relación como de tipo contractual, esto es, se genera un contrato de locación de servicios inmateriales entre las partes, regulado por nuestro Código Civil. Al efecto, se podría definir a esta relación como aquella en la que el locador (médico) se obliga sin estar subordinado al locatario (paciente) a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución. Así planteadas las cosas se pasa de una fe ciega a una confianza relativa que hace vital la presencia de la información y el consentimiento, sin dejar de lado el conocimiento, experiencia, habilidad, destreza, etc. del médico contratado. La información se erige como el

¹ Cáceres Freyre Franklin, Apuntes sobre la mala práctica médica, www.odontomarketing.com, Perú, Septiembre 2000.

elemento que mitiga la desigualdad entre la posición del médico - paciente, y da la entrada al consentimiento, derivando en la figura del "consentimiento informado".

II. DERECHOS DEL PACIENTE, LEX ARTIS Y EL ACTO MÉDICO.

Nuestra constitución reconoce y tutela varios derechos que se encuentran íntimamente con la praxis médica, a saber: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral y derecho a la calidad de vida.

Sobre la base de estos derechos, es obligación del Estado el garantizar al todos los habitantes un nivel de vida que asegure su acceso a servicios básicos de óptima calidad, acceso a la educación, a la salud, justicia oportuna, certera y sin dilaciones, entre otros.

En cuanto al servicio de salud, los usuarios de dichos servicios, ya sean públicos o privados, son titulares de derechos. Los derechos del paciente reconocidos en la Ley Orgánica de Salud, en concordancia con la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, son:

1. Derecho a una atención digna;
2. Derecho a no ser discriminado;
3. Derechos a la confidencialidad;
4. Derechos a la información; y,
5. Derecho de decisión.

La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial compromete al médico con las palabras "La salud de mi paciente será mi primera consideración", y el Código Internacional de Ética Médica declara que "Un médico debe actuar sólo en el interés del paciente al proporcionar atención profesional que pudiese tener el efecto de debilitar el estado físico y mental del paciente".

Dado que es esencial que los resultados de los experimentos de laboratorio se apliquen a seres humanos a fin de ampliar el conocimiento científico y así aliviar el sufrimiento de la humanidad, la Asociación Médica Mundial ha redactado recomendaciones para que sirvan de guía a cada médico que realiza investigación en seres humanos, las mismas que se han plasmado en la Declaración de Helsinki², estableciéndose, entre otros principios relacionados

² Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial Helsinki, Finlandia, Junio 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial Tokio, Japón, Octubre 1975; 35ª Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, Octubre 1983; 41ª Asamblea Médica Mundial Hong Kong, Septiembre 1989; 48ª Asamblea General Somerset West, Sudáfrica, Octubre

con la investigación médica, como deber del médico proteger la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano.

La investigación médica en seres humanos debe conformarse con los principios científicos generalmente aceptados y debe apoyarse en un profundo conocimiento de la bibliografía científica, en otras fuentes de información pertinentes, así como en experimentos de laboratorio correctamente realizados y en animales, cuando sea oportuno.

Para tomar parte en un proyecto de investigación, los individuos deben ser participantes voluntarios e informados.

Consecuentemente, a través de esta Declaración se introduce en la mentalidad del médico y se propende a inculcar el consentimiento informado del paciente para cualquier tratamiento médico o cualquier investigación que se pretenda hacer en sí.

Cuando la persona sea legalmente incapaz, o inhábil física o mentalmente de otorgar consentimiento, o menor de edad, el investigador debe obtener el consentimiento informado del representante legal y de acuerdo con la ley vigente. Estos grupos no deben ser incluidos en la investigación a menos que ésta sea necesaria para promover la salud de la población representada y esta investigación no pueda realizarse en personas legalmente capaces.

Así, todos estos servicios deben estar proveídos por profesionales y técnicos con los conocimientos suficientes, experiencia necesaria, a fin de garantizar la calidad del servicio. Es en este instante en que aparece la aplicación lo que doctrinariamente se conoce como la Lex Artis o Ley del Arte.

Se conoce como LEX ARTIS (Ley del Arte) a aquel standard que determina la diligencia empleada.

Sobre la base de la diligencia empleada, uno de los presupuestos para que el proceder médico se adecue a la Lex Artis es el consentimiento. Éste está concebido como un derecho personalísimo del paciente, que debe ser prestado antes del acto médico y que puede ser revocado sin expresión de causa. De esa decisión parten dos obligaciones del médico: por un lado la negativa (obligación de abstención) y del otro lado la positiva (llevar a cabo la prestación

1996; y, la 52ª Asamblea General Edimburgo, Escocia, Octubre 2000. Nota de Clarificación del Párrafo 29, agregada por la Asamblea General de la AMM, Washington 2002. Nota de Clarificación del Párrafo 30, agregada por la Asamblea General de la AMM, Tokio 2004.

médica). El consentimiento se presta en la mayoría de casos en forma oral, aunque se tiende a documentarlo por escrito.

Dadas las condiciones actuales de la relación médico-paciente, el consentimiento se presenta en un elemento esencial para generar la relación contractual antes referida.

Es importante tomar en consideración que para la obtención del consentimiento analizado, es deber del galeno el informar, información que cubre sólo las consecuencias y riesgos razonablemente previsibles, más no los excepcionales.

La información sanitaria involucra no solamente los hechos previos a la intervención o tratamiento, sino también que el paciente esté siempre al tanto del estado de su salud. Ello incluye un informe de alta al finalizar su estancia en la institución o establecimiento médico. Se le debe informar al paciente sobre todo aquello que pueda influir en su decisión: medios a utilizarse, diagnóstico, pronóstico, otras posibilidades terapéuticas existentes y sus riesgos, e incluso si sería más conveniente recurrir a otro centro o institución médica. El contar con toda esta información posibilita al paciente el adoptar la decisión que considere más adecuada o asumir los riesgos implicados. Como puede apreciarse la información debe ser de tracto sucesivo o de ejecución continuada, dada su continuidad en el tiempo.

Se entiende que debe ser el propio paciente quien, conscientemente, preste su consentimiento. Sin embargo, en caso este se halle inconsciente o esté en peligro su vida en caso de demora de la decisión, el médico podrá actuar sin consentimiento. En este caso estaríamos ante un Estado de Necesidad³. Consideramos que la presencia de este Estado de Necesidad no elimina de por sí el deber de informar, sino que más bien retrasa el momento en que éste debe ponerse en práctica al instante inmediato posterior a la intervención.

Este consentimiento, así como el Estado de Necesidad ha sido contemplado en la Ley Orgánica de Salud, en su literal h) del artículo 7, que textualmente manifiesta:

“Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: ...

h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de la personas y para la salud pública;“

³ El Estado de Necesidad significa básicamente una situación de peligro de bien jurídico, originada por circunstancias fortuitas, que sólo puede salvarse mediante la lesión por parte del lesionado o de terceras personas de otro bien jurídico.

Esta información comprende, de conformidad con el art. 5 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente:

“... a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúanse las situaciones de emergencia.

El paciente tiene derecho a que el servicio de salud le informe quién es el médico responsable de su tratamiento.”

Sobre la base de la nueva relación entre médico y paciente se desarrolla el concepto de mala práctica médica. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa y causar daños al enfermo. Más aún, considerando el desarrollo actual de la medicina puede generarse una serie de peligros dado que la técnica ha invadido la ciencia médica. Por ello las personas tienen que ser amparadas contra los eventuales peligros e irregularidades en el ejercicio profesional.

Así, nuestro Código de Ética Médica, en sus artículos 15 y 16 claramente manifiesta:

“Art. 15.- El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que esté de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos la autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones.”

“Art. 16.- Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente.”

Dentro de Lex Artis está vinculado íntimamente la “iatrogenia”. Si bien es cierto el término iatrogenia no figura aún en la última edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sí se encuentra el adjetivo iatrogénico, ca, (del griego Iatros, médico; ‘geno e ‘ico) definido como “toda alteración del estado del paciente producida por el médico”. En esta definición se incluye tanto los efectos positivos como los negativos del actuar de los médicos. En la actualidad, en diversos foros sobre este tema, se está hablando de la “iatropatogenia”,

por cuanto cada actuación del médico en el paciente genera en éste una nueva patología, sea positiva o negativa.

ACTO MÉDICO

Si iatrogénico se refiere al actuar del profesional médico conviene definir qué es Acto Médico. Primeramente debemos considerar a la palabra "acto" desde su concepción general, esto es: "la conducta humana guiada por la voluntad".

Según el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, se define como:

"Acto Médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión, han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de sus pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico".

El Acto Médico es un acto complejo que implica no sólo conocimiento científico sino saber el fin que se quiere lograr y las posibles consecuencias de una determinada acción diagnóstica y terapéutica.

Cuatro características principales distinguen al Acto Médico: la profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico; la ejecución típica, es decir, su ejecución se realiza conforme a la "Lex Artis" ya analizada, sujeta a las normas de excelencia de ese momento; el tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud o sea su concordancia con las normas legales.

PRINCIPIOS DEL ACTO MÉDICO

En nuestra legislación encontramos una descripción de las responsabilidades del médico al manifestarse en el artículo 6 del Código de Ética Médica:

"El Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo."

Una definición clara que establezca parámetros del acto médico encontramos en la legislación peruana, en el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, que manifiesta:

"La medicina tradicionalmente se rige por los principios de beneficencia, que consiste en la búsqueda del bien para el paciente y la no maleficencia, que consiste en evitar cualquier forma de daño o lesión".

Este principio se identifica con el *primum non nocere* hipocrático⁴, fundamento y raíz de todos los otros principios, obliga como deber perfecto, con carácter de universalidad y de forma coactiva absoluta. Concurren con ellos los principios de autonomía o respeto por las decisiones del paciente competente y de justicia por el cual todas las personas deben ser tratadas por igual.

III. DEFINICIÓN DE MALA PRÁCTICA

La Mala Práctica o Mala Praxis podría definirse como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causándose un daño a la salud o al buen estado del paciente. Esta rompe la confianza que el paciente pone en el profesional.⁵

La mala práctica médica tiene tres fuentes principales: una el simple azar "*que se entretiene en crear situaciones inesperadas*"⁶, la otra es la ignorancia del médico o de la institución, y la tercera es la irresponsabilidad.

En el caso de la mala praxis médica podríamos señalar tres tipos:

Deliberada mala práctica, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que sabe que se pondrá en peligro o se causará la muerte al paciente a su cargo (ej. aborto), en este caso, el elemento subjetivo de intencionalidad prevalece sobre el resultado del acto.

Mala práctica por negligencia, que comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal ó deshonesto, pero si una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente (ej. administrar medicinas durante una intoxicación).

⁴ JURAMENTO HIPOCRÁTICO: "Juro por Apolo el Médico y Esculapio y por Hygeia y Panacea y por todos los dioses y diosas, poniéndolos de jueces, que éste mi juramento será cumplido hasta donde tenga poder y discernimiento."

⁵ Cáceres Freyre Franklin, Ob. Cit.

⁶ Agrest Alberto, "El conocimiento y el error médico", CIE Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires, abril 2006.

Mala práctica por ignorancia: administración de medicinas inapropiadamente (no adecuadas o en una dosis incorrecta).

IV. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO FRENTE A LA MALA PRAXIS

Resulta de suma importancia establecer qué tipo de obligación pesa sobre el médico al prestar el servicio. La regla general indica que se trata de una obligación de medios y no de una obligación de resultados. Esto quiere decir que se cumple con la obligación al agotar todos los esfuerzos porque se logre el objetivo (la curación), y no al efectivamente alcanzar ese objetivo. Lo que se promete es una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinado. Sin embargo en ciertas especialidades la obligación si es de resultado. Ello se presenta cuando el objeto de las mismas no es la curación, sino que sirven de medio para ésta (ej. análisis clínicos) y también en ciertas especialidades en las que se ofrece un resultado. Dentro de este último grupo estaría la cirugía plástica y la mayoría de las prestaciones odontológicas. Quedarían probablemente excluidos los casos de emergencia dental, aunque la línea divisoria entre lo que sería una obligación de resultados y una de medios resulta muy tenue.

Para que una demanda por mala praxis prospere tienen que estar presentes varios elementos. En primer lugar tiene que dirigirse contra el autor del daño. En segundo lugar es necesaria la presencia de un daño objetivo. Asimismo tiene que presentarse por parte del demandado una culpa o negligencia en su accionar. Por último es imprescindible la presencia de un nexo causal que vincule al acto profesional y el daño ocasionado. Si este nexo no se presenta o se encuentra resquebrajado por algún elemento exógeno como la fuerza mayor o el caso fortuito, no podrá atribuirse responsabilidad al médico.

Entendemos que actualmente, dada la relevancia que adquieren los procesos judiciales derivados de responsabilidad en el ejercicio de la medicina, se vienen utilizando cada vez con mayor detenimiento y cuidado las historias clínicas y los protocolos de información. Estas historias no sólo debe ser individualizada por cada uno de sus pacientes, así como no sólo se debe registrar la evolución que constate en los mismos. En estos documentos se debe plasmar el consentimiento del paciente y la información a la que tuvo acceso. En la mayoría, por no decir en la totalidad, de hospitales o servicios de salud se han estandarizado estos documentos, plasmándose la relación clara entre médico – paciente, así como el respaldo de la atención sanitaria suministrada al tratado.

Creemos y sugerimos que estos instrumentos deben elaborarse en forma genérica, de modo tal que puedan ser adecuados a cada caso concreto. La opción contraria, cual sería elaborar una especie de “contratos de opción” a ser suscrito en cada caso y en cada intervención médica, dejando en el “contrato base” algunos espacios para rellenar cierta información, lo cual resulta poco conveniente, en especial para tratar de evadir responsabilidades. Sin lugar a dudas, una buena historia clínica constituye la mejor defensa de profesional al afrontar un proceso de responsabilidad.

Estos protocolos de información e historias clínicas, deben elaborarse en el tiempo, en forma continuada y constituyen el mejor documento de prueba acerca de la buena o mala atención médica. La formulación de este documento es parte del deber jurídico que asume el médico al vincularse con el paciente, pero debe estar soportada por funciones que preserven la confidencialidad e integridad de la información registrada, para así proteger el derecho a la intimidad y evitar que los datos almacenados sean modificados.

Un aspecto crucial es el referido a la carga de la prueba. Nuestro Código Procesal Civil señala que, salvo disposición distinta de la ley, ésta le corresponde a quien afirma los hechos, es decir al demandante. Este tendrá que probar los elementos antes mencionados. Sin embargo resulta conveniente por el bien del proceso judicial por un ejercicio errado de la profesión médica que la parte demandada colabore en esclarecer los hechos, dado que su posición le permite acceder a medios técnicos más poderosos. Esto por ejemplo es claro cuando ingresa un paciente por emergencia y no existe una hoja clínica correspondiente, que permita determinar el grado de responsabilidad del galeno.

Si bien la responsabilidad del médico no se presupone, ésta puede llegar a determinarse en base a presunciones. No podría descartarse la ausencia total de relación causal cuando la causa eficiente resulta imprecisa, pues la actuación médica debe ser la correcta. El paciente espera que se utilicen los medios técnicos adecuados, y cuando ello no ocurre se configura un tipo de omisión que puede determinar la existencia de una relación causal con el daño. No hay pues causas suficientes que excluyan la desconexión total. Por tanto, a pesar que la actividad médica es de medios, cabe que un resultado dañoso desproporcionado o anómalo o por falta de diligencia haga presumir la culpa. En estos casos se invertiría la carga de la prueba. Esta es la opinión recogida en diversas sentencias del Tribunal Supremo de España, quien a indicado respecto de la responsabilidad médica, que ésta puede ser de dos tipos:

Responsabilidad contractual: implica el acuerdo de las partes involucradas por el que se crea la relación jurídico-patrimonial.

Responsabilidad extracontractual: es aquella que se genera en la realidad y no nace de un contrato. Puede presentarse cuando el paciente ingresa por emergencia a un centro de atención médica.

Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales, el prestador de servicios sólo responderá por los daños y perjuicios causados en caso de dolo o culpa inexcusable. Se actúa con dolo cuando en forma deliberada no se ejecuta una obligación, mientras que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta una obligación. Se trata de una negligencia que linda con el dolo, siendo la frontera entre ambos muy tenue. Por tanto, los médicos como otros profesionales no responderán por daños causados cuyo origen sea la culpa leve. Esto es positivo pues se permite a los médicos laborar sin temor a las demandas injustificadas

La responsabilidad médica conlleva a la actuación interdisciplinaria del derecho civil, derecho penal, derecho de defensa del consumidor y derecho administrativo.

Actualmente, la complejidad de la ciencia médica hace imprescindible que las prestaciones médicas se realicen en forma colectiva, antes que individualmente. Ello deriva en la presencia de varios involucrados, lo que a su vez redundará –en caso se generen daños al paciente- en la necesidad de determinar quién o quiénes son responsables. Si bien el primer involucrado resulta ser el propio médico, aparecen en el escenario otros actores: especialistas, grupos de médicos que trabajan en equipo, establecimientos privados, seguridad social, auxiliares.

Al efecto, en esta colectividad de prestadores de servicios médicos, las responsabilidades pueden presentarse en los siguientes tipos:

Directa: propia del cirujano y los miembros de su equipo con autonomía científica (ej. Anestesiólogo).

Compartida: recae sobre varios miembros del equipo quirúrgico.

Colectiva: no puede individualizarse al responsable final.

Solidaria: corresponde al personal colaborador del acto quirúrgico (ej. enfermera)

Concurrente: recae sobre el cirujano y el paciente por no cumplir las normas que les corresponden para atender la salud.

Cuando se realizan intervenciones quirúrgicas hay muchos sujetos involucrados. Así tenemos al cirujano jefe del equipo; médicos asistentes de éste (por tanto en relación de subordinación); otros médicos que concurren (no subordinados); anestesiistas u otros profesionales que tienen un trato tan directo con el paciente que incluso podría pensarse que existe un contrato tácito con ellos, o que en efecto pueden contratar con los mismos; enfermeras (os) que suelen ser proporcionados por el centro hospitalario y que por ello no están en relación de subordinación con el médico.

En el supuesto que no fuera posible individualizar al responsable cabrían dos alternativas. Si se contrató con el jefe del equipo éste sería el responsable "por hecho propio". En cambio, si se contrató con cada uno de los integrantes, se presume que la responsabilidad es de todos ellos por regla general, salvo que alguno se exonere mediante una prueba de descargo.

En el caso que exista un jefe de equipo, se consagra una responsabilidad pasiva, lo cual implica que este será responsable por los hechos de sus dependientes. Responderá solidariamente pues debió velar porque ellos actúen dentro de los límites de su autorización (es responsable por no haber controlado en forma suficiente sus actos). Según Díez Picazo, esta solidaridad descansa en la idea de "garantía". Sólo podrá eximirse de la responsabilidad si demostrara la interrupción en el nexo causal o si faltaran requisitos de procedencia de esa responsabilidad. Estos requisitos serían que exista la relación de dependencia y que el acto se haya ejecutado en ejercicio de la relación de dependencia propia del dependiente. Así existen dos deudas distintas: la del médico y la del auxiliar, que se fusionan en la solidaridad legal para beneficio del acreedor (paciente) Creemos a pesar de lo expuesto, que si el dependiente fuera más allá del encargo y no hubiera sido posible la supervisión, podría no aplicarse esta solidaridad.

Si se dieran relaciones contractuales separadas con el jefe y cada miembro del equipo, cada profesional se obligaría por separado. Solo respondería el jefe en caso de impartir instrucciones erradas.

Cuando el paciente es atendido no por un equipo sino por médicos especialistas en diferentes ramas pueden ocurrir dos cosas. Que se individualice al responsable, en cuyo caso éste responderá, o que la prueba fuera imposible, debiendo en principio responder todos en forma mancomunada. Decimos en principio, pues desde nuestro punto de vista no debe asumirse inicialmente que todos son responsables. No debe atribuirse una responsabilidad objetiva a los integrantes, sino una de tipo subjetivo. Así, en la medida que cada uno demuestre haber obrado en forma diligente se eximiría de responsabilidad. Lo contrario supondría exigir a los profesionales un resultado, lo que como se ha señalado anteriormente no es concebible.

Cuando el paciente acude a un centro hospitalario estamos frente a dos tipos de responsabilidades distintas: por un lado la del médico y su personal y por otro la del hospital o clínica. Aquí se presentan varias relaciones contractuales, pero habrá que analizar primeramente cómo se configuran éstas.

La regla general está en que el centro de salud será responsable en la medida en que sea ésta quien contrató con el paciente. Si en cambio se contrató con el médico, aunque éste utilice las instalaciones de la clínica, sólo él será el responsable. A pesar de ello, si en este supuesto la clínica eligió a los auxiliares también será responsable, pues existe un deber de seguridad de su parte.

Según nuestra legislación (art. 204 de la Ley Orgánica de Salud), el centro médico o los servicios de salud serán corresponsables civilmente en las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos. Consecuentemente, la demanda civil de reparación los daños y perjuicios irá incoada contra el o los médicos que asistieron al paciente presuntamente afectado, así como al centro de salud donde fue atendido, justamente por la consideración indicada en el párrafo anterior, esto es, existe un deber de seguridad de parte del hospital o clínica frente a los médicos y a las consecuencias de sus actos.

Resulta interesante traer a colación lo que señala la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia acerca de diversas posibilidades de responsabilidad en este caso. Se distingue entre la:

Falta de servicio no atribuible al profesional, que implica responsabilidad de la institución.

Falta personal derivada de la actuación médica, que implica responsabilidad del autor.

Falta personal pero no separada del todo de la responsabilidad de la administración, que conlleva a una responsabilidad compartida.

Habría que preguntarse si existe responsabilidad del Estado al omitir poner a disposición del paciente, a través del médico, los medios necesarios para evitar los daños. Tal vez esta posibilidad tenga acogida en países desarrollados en los que el Estado suele dotar a los hospitales de todo el material necesario para la prestación del servicio de salud. En cambio, en naciones en vías de desarrollo como la nuestra ello no ocurre por falta de recursos, por lo que la posibilidad que los tribunales determinen que el Estado es responsable, resulta bastante remota. Sin embargo, en estos supuestos resulta del todo válida la pregunta acerca de si los médicos que trabajan bajo estas condiciones son responsables por mala praxis. Pensamos que la respuesta sería negativa ya que no estaríamos frente a un ejercicio errado o una práctica sin habilidad, siempre que el profesional haya utilizado todas las herramientas que tuvo a su disposición para afrontar el caso y lo haya hecho en forma diligente.

Lamentablemente la proliferación de procesos por mala praxis lleva a la aparición de la denominada medicina preventiva. Esta implica procesos no encaminados a curar al enfermo, sino a justificar la utilización de las medidas más adecuadas en cada una de las etapas de tratamiento. Se llevan a cabo excesivos exámenes que encarecen los costos e incluso pueden derivar en riesgos adicionales para el paciente. Creemos sin embargo que la respuesta de los médicos debe ser más ingeniosa que la simple recurrencia a la medicina defensiva. Probablemente esta opción deba involucrar el trabajo interdisciplinario de los especialistas, que les permita a éstos salir de la soledad de sus consultorios y compartir sus experiencias para así aprender unos de otros.

V. ERRORES, IGNORANCIA Y NEGLIGENCIA

Desafortunadamente, algunos doctores causan daño a través de sus errores, ignorancia, negligencia, falta de pericia y diagnósticos erróneos. La mala práctica médica es el resultado de un error de un proveedor de cuidados de salud en suministrar el nivel esperado de cuidados. En Noviembre de 1999, el Instituto de Medicina de los Estados Unidos (Institute of Medicine IOM) publicó un estudio en el que se estimaba que casi 98,000 pacientes mueren cada año como resultado de errores médicos en hospitales, superando a las muertes por accidentes de tránsito (43, 458), cáncer de mama (42,297) e infecciones por VIH (15,516). Se estima que más del 13% de ingresos a un hospital se deben a efectos adversos del diagnóstico o el tratamiento y que casi el 70% de las complicaciones iatrogénicas son prevenibles. Agregue

a este número los errores no reportados que se producen en otros centros de cuidado de la salud (consultorios médicos, centros de urgencias, hogares de ancianos, farmacias y cuidados caseros) y la magnitud de la mala práctica médica se torna impresionante. Además de los altos costos de los errores médicos en términos de vidas y de calidad de vida, los EEUU paga un estimado de \$17 billones por año en costos generados por errores que se pueden prevenir.

En el Ecuador no existen estadística tan claras como en los EEUU, pero de información del CONADIS, según una investigación del 2004, de los menores de 5 años con limitaciones de salud, el 80% reportó como causa originaria alguna condición negativa de salud: enfermedades hereditarias y adquiridas, problemas al momento del parto, infecciones y mala práctica médica. La condición negativa de salud es reportada a nivel rural como el 91% de las causas de las limitaciones, en comparación con el 73% en el sector urbano.

En términos legales, a los profesionales de la salud sólo se les exige que otorguen un nivel de cuidado ordinario o normal. Cuando un médico es encontrado culpable de negligencia, significa que él o ella a fallado al emplear el mismo grado de habilidad y aprendizaje, bajo circunstancias idénticas o similares, que son usados por otros miembros de la profesión médica. Algunas de las maneras más comunes en que la mala práctica médica ocurre tiene que ver con fallas o errores en diagnosticar en el tiempo correcto y en ordenar un tratamiento apropiado, ordenando los exámenes necesarios y la medicación pertinente, consultando con especialistas; y en operaciones quirúrgicas.

En la negligencia hay incumplimiento de elementales principios o normas de la profesión, esto es que sabiendo lo que se debe hacer no se hace o a la inversa que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace. Negligencia es lo contrario del deber, es dejar de hacer o hacer a destiempo.

En la negligencia intervienen dos presupuestos constituyentes:

- a) Un elemento psicológico (intelectivo y volitivo a la vez) por la falta de previsión en la posibilidad de prever y evitar.
- b) Un elemento normativo de la exigibilidad, por omisión del deber de cuidado, que de haberse cumplido habría impedido el daño al paciente.

FORMAS DE NEGLIGENCIA O MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

La praxis es la expresión del lazo dialéctico de la teoría con la práctica. La mala praxis o mala práctica es el daño ocasionado por el médico debido a ignorancia, impericia o negligencia

Impericia: es la falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad. Existe ineptitud para el correcto desempeño de la profesión.

Imprudencia: es la omisión del cuidado o diligencia exigible a un profesional. El que comete imprudencia no mide ni precave las posibles consecuencias de su acción y se expone irreflexivamente a causar un daño. Es realizar un acto con ligereza sin tomar las debidas precauciones. Por ejemplo, indicar una inyección de penicilina (imprudencia) sin haber realizado previamente la prueba de sensibilidad (negligencia). Es la conducta contraria a lo que el buen sentido aconseja. Es actuar sin cordura ni discernimiento. Es proceder con apresuramiento innecesario sin detenerse a pensar en las consecuencias que resultarán de su acción u omisión. Es ir o llegar más allá de donde se debió. Legalmente para que haya imprudencia profesional la acción tiene que haber producido un daño o peor aún la muerte del paciente.

En los casos de mala práctica la ley calificará si el daño es "socialmente tolerable", simplemente reprochable o se trata de actos que tienen que ver con el derecho penal para lo cual tendrá en cuenta la naturaleza de la lesión, que puede ser culposa, dolosa o preterintencional. Se excluye de responsabilidad profesional a los casos de "resultado desgraciado" cuando se han cuidado correctamente las circunstancias y condiciones especiales que intervinieron en un evento particular.

VI. INFRACCIONES Y SANCIONES POR LA MALA PRAXIS

Dentro de nuestra legislación encontramos que existen tres campos en los cuales se deben atender las reclamaciones sobre mala praxis médica: la administrativa, la no judicial y la judicial.

En el campo ADMINISTRATIVO tenemos la vinculación de los galenos y demás prestadores de servicios médicos a sus respectivos colegios profesionales y a los respectivos tribunales de honor. De la misma manera tenemos la vinculación jurisdiccional de los galenos y demás prestadores de servicios médicos al Ministerio de Salud Pública, a través de las Direcciones de Salud, tanto provinciales y como la general, así como a los respectivos

comisarios de salud, dentro de las infracciones que la Ley Orgánica de Salud establece (R.O. 423, Suplemento, 22-XII-2006).

En el campo NO JUDICIAL ampara al paciente la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (R.O. 116, Suplemento, 10-VII-2000), en la cual todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Es deber del proveedor de servicios profesionales, atender a sus clientes con calidad y sometimiento estricto a la ética profesional, la ley de su profesión y otras conexas.

En el campo JUDICIAL nos encontramos frente a dos áreas del derecho: la civil, generalmente ligada al cuasidelito y al delito civil, y la penal, generalmente ligado a los delitos de lesiones inintencionales u homicidio inintencional.

En Argentina, la resolución de conflictos en responsabilidad por mala praxis tiene características particulares, ello debido ha que la organización institucional representativa, republicana y federal de Gobierno, está bien inspirada bajo el principio de la autonomía de cada estado provincial, los que disponen como facultad reservada la autodeterminación de sus códigos de procedimientos, ejemplo: En el Código Procesal de la Nación, Civil y Comercial, su trámite es sumario; en tanto en la Provincia de Córdoba el código de Procedimientos Civil y Comercial, dispone un trámite ordinario.

INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALUD:

En el campo administrativo, nuestra nueva Ley Orgánica de Salud ha organizado y descrito muchas realidades que se daban en nuestra realidad socio – económica referente a los servicios de salud, así como ha establecido un sinnúmero de conductas y responsabilidades a los galenos y demás prestadores de servicios médicos, cuyas sanciones se circunscriben en:

- a) Multa cuantificada en salario básicos unificados (sbu);
- b) Suspensión temporal o definitiva del premo o licencia;
- c) Suspensión del ejercicio profesional;
- d) Decomiso; y,

- e) Clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento correspondiente.

Las infracciones relativas a la mala praxis médica se han regado a lo largo del articulado de esta Ley, pero existe el artículo 202 que enumera varias conductas de las profesiones de salud que constituyen infracciones, gradadas en su sanción de acuerdo a su gravedad, y que abarca gran parte del accionar de estos profesionales, a saber:

Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:

- a) *Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; (sancionado con multa de un salario básico unificado, art. 241)*
- b) *Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; (sancionado con multa de cinco salarios básicos unificados, art. 243)*
- c) *Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, (sancionado con multa de 10 salarios básicos unificados, art. 246)*
- d) *Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional. (sancionado con multa de 20 salarios básicos unificados, art. 249)*

Asimismo existen otras conductas específicamente detalladas que constituyen mala práctica, por ejemplo el caso los profesionales y técnicos de nivel superior que ejerzan actividades relacionadas con la salud, están obligados a limitar sus acciones al área que el título les asigne, y en el caso que se extralimiten en su accionar, a más de las sanciones administrativas, tendrán, de acuerdo a sus resultados, sanciones civiles o penales.

RECLAMACIONES NO JUDICIALES:

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su reglamento, se defiende la prestación del servicio de salud, considerándolo al médico como un proveedor del mismo, y al paciente como un usuario o consumidor de dichos servicios, debiendo este oficio contar con los requisitos de calidad, bienestar y estar de acorde con lo acordado. En caso que existiese algún defecto en este servicio, el artículo 75 de la Ley es muy claro:

“Art. 75.- Servicios Defectuosos.- *Cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos, ineficaces, causen daño o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores tendrán derecho, además de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a que le sea restituido el valor cancelado. Además, el proveedor de tales servicios, será sancionado con una multa de cincuenta a quinientos dólares de los Estados Unidos de América*

o su equivalente en moneda de curso legal, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar.“

La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios. (art. 87 de la Ley).

RECLAMACIONES JUDICIALES:

ACCIÓN CIVIL:

En nuestro país no existe una disposición específica que establezca como tal a la mala práctica médica como figura jurídica independiente para el resarcimiento económico frente al acto médico, así como para la responsabilidad penal de los responsables de un acto que se adecue dentro de la figura penal. Así, la mayor parte de las demandas por resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la mala práctica médica se sustentan de conformidad con el Código Civil, en su Título XXXIII, del Libro Cuarto, De Los Delitos y Cuasidelitos, a saber:

Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Asimismo, al hablar de los delitos y cuasidelitos civil, la Corte Suprema de Justicia, a través de uno de los fallos de casación pronunciados por una de las Salas de lo Civil, (Exp. 437-96, R.O. 78, 3-VI-97), los define como:

“... los 'actos humanos voluntarios en razón de los cuales se infringe una regla de derecho o una norma jurídica, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia, y que de producir un daño, obliga a su autor a repararlo'. En razón de lo expuesto, nuestro sistema jurídico distingue entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, delictual o aquiliana, regida ésta por lo estatuido en el Título XXXIII - De los Delitos y Cuasidelitos - del Libro IV del Código Civil. El acto delictual o cuasidelictual, en síntesis, el hecho ilícito, impone el deber de resarcir el daño causado por la transgresión reprobable de una norma de conducta prevista, como expresamente lo consagran los Arts. 2241 (2214) y 2256 (2229) del Código Civil , al estatuir ...”

Consecuentemente, como indiqué en líneas anteriores, el centro médico o los servicios de salud serán corresponsables civilmente en las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos, en respuesta al deber de estos centros de brindar seguridad hacia sus pacientes frente a los médicos y a las consecuencias de sus actos.

ACCIONES PENALES:

En cuanto a la responsabilidad penal causada por la mala praxis médica, por lo general se la relaciona a la inintencionalidad, tanto de causar la muerte, como de las lesiones.

Así, el Ministerio Público en esta ciudad de Quito, ha emitido varias instrucciones fiscales y dictámenes acusatorios en contra de médicos, aplicando la disposición de la inintencionalidad, tanto de la muerte como de las lesiones producidas al momento de la atención médica.

Al efecto, nuestro Código Penal establece en sus artículos pertinentes los elementos del delito inintencional, a saber:

Art. 459.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.

Art. 460.- (Reformado por el Art. 127 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).- El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Sobre la base de estas disposiciones legales, me he permitido transcribir el boletín de comunicación brindada por el Ministerio Público de Pichincha al iniciar la Instrucción Fiscal por “mala práctica médica“:

INSTRUCCIÓN FISCAL POR MALA PRÁCTICA MÉDICA

Quito, 22- VI - 2004 (Red. MINPEC).- *El Agente Fiscal de la Unidad de Delitos Contra la Vida del Distrito de Pichincha, Doctor H. P. B., dictó auto de inicio de la instrucción fiscal imputando a la Doctora G. E. R. V., Médica Anestesióloga; a la Doctora en Odontología A. P. C. V. y a E. G., Gerente General de la Compañía S. S. W., como los partícipes del hecho punible que ocasionó el fallecimiento de la niña R. Ll. L.*

El 28 de Abril del 2004, la Fiscalía inició la indagación previa para investigar el fallecimiento de la niña R. Ll. L., debido a una presunta mal práctica médica, mientras le realizaban una curación odontológica.

Este hecho ocurrió el 3 de abril de 2004, cuando la madre de la niña había llevado a su hija para que reciba atención odontológica en el centro “S. y S.”, donde sería sometida a un tratamiento bajo anestesia general.

Las investigaciones realizadas por la Fiscalía han determinado que este centro no contaba con el permiso de funcionamiento, y además, que la Doctora G. R. no habría utilizado monitor Cardíaco o Electrocardiográfico para la intervención.

Departamento de Comunicación Social.⁷

En cuanto a las lesiones o incapacidades proferidas por los galenos, al ejecutar actos médicos que puedan circunscribirse dentro de la mala práctica médica, igualmente nuestro Código Penal establece el delito de lesiones inintencionales, a saber:

“Art. 472.- (Reformado por el Art. 136 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).- Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial.”

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en sus Salas Especializadas de lo Penal, han emitido pocos fallos relacionados con la mala práctica médica, de los cuales me he permitido traer para el análisis el siguiente, del 7-IX-99 (Exp. 327-96, R.O. 317, 12-XI-99):

“... TERCERA.- La base del juicio penal conforme al Art. 157 del Código Procesal en la misma materia, es la comprobación conforme a derecho de una infracción punible y el establecimiento de la responsabilidad del procesado. Examinada la sentencia del Tercer Tribunal Penal de Pichincha, hállase que contiene un análisis detenido y pormenorizado de la prueba de cargo que compromete específicamente la responsabilidad profesional del doctor A. T.. El propio Tribunal en el considerando cuarto señala 'En el presente caso, se encuentra debidamente probado el hecho de que, en el paciente L. L. se encontraba una funda de colostomía sin material fecal ni otro orgánico, estaba obturada es decir cerrada; que en el Centro Médico P. S.A. le realizaron en una segunda intervención quirúrgica, la extracción de un cuerpo extraño, gasa quirúrgica' lo que, para esta Sala de Casación demuestra descuido, falta de previsión o precaución en la intervención quirúrgica que se realizó el día 24 de julio de 1993 en la persona de L. L. quien sufrió indiscutible lesión por la presencia de este cuerpo extraño, que no fue retirado al término de la cirugía; sin que sea necesario al tenor del Art. 472 del Código Penal definir con exactitud la lesión sufrida ni el tiempo de incapacidad que produzca, para sancionar esta infracción.” ...

“QUINTA.- El Art. 472 del Código Penal dispone que se tendrá por reo de heridas o lesiones inintencionales al que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y que será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de cuarenta y ocho sucres, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial. Los elementos de tipicidad de la infracción concurren todos en la especie, pues la lesión causada al paciente ha de tenérsela como inintencional dada su categoría profesional y el hecho de que tomó a su cargo la intervención quirúrgica de L. L. El haber olvidado una funda de gasa en la región pélvica del enfermo, concretamente en la zona rectal,

⁷ www.fiscalia.gov.ec

patentiza una falta de previsión, insólita y censurable, y la ausencia de la precaución mínima que un cirujano debe tener en tales circunstancias. De otra parte no existe en nuestra legislación disposición alguna que identifique como infracción punible a la mala práctica médica, como no existe tampoco un precepto punitivo de mayor severidad."

VII. CONCLUSIONES

Nuestra legislación, al igual que la de muchos países latinoamericanos, se va adecuando a los lineamientos mundiales de la prestación de los servicios médicos, así como hacia el establecimiento de responsabilidades y sanciones por el acto médico, con el fin de mejorar la prestación de estos servicios, tanto a nivel público como privado, evitando la informalidad en el desenvolvimiento de esta relación médico – paciente y Estado – paciente, sincerándola y regulándola, generando en definitiva una mejor prestación de servicios de salud y en definitiva una mejor calidad de vida.

Los casos de mala práctica médica deben ser registrados y supervisados, a fin de tener un seguimiento de los pacientes, en caso de poder hacerlo, y de las consecuencias de dicho acto dañoso, así como una base estadística clara y real⁸. Para el efecto, debe concertarse y establecerse un equipo multidisciplinario de médicos para el análisis de cada uno de estos casos.

El establecimiento de casos de la mala práctica médica, a través de los campos administrativo y judicial, no debe tender a la búsqueda incesante de culpables, castigándolos y avergonzándolos ante la opinión pública, sino que debe estar encaminada a evitar la reiteración de estos errores, tanto a nivel público como privado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. Acevedo Marco Antonio, Iatrogenia y Mala Práctica, Revista Apuntes, Volumen 2, número 1, mayo – agosto 2003.
2. Agrest Alberto, El Conocimiento y el error Médico, CIE Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires, abril 2006.
3. Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.
4. Código de Procedimiento Civil.
5. Código Civil.
6. Código de Ética Médica.
7. Código Penal.
8. Declaración de Helsinki, Finlandia.
9. Ley de Derechos y Amparo al Paciente.

⁸ Agrest Alberto, Ob. Cit.

10. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
11. Ley Orgánica de Salud.
12. Revista Diagnóstico, Volumen 43, número 5, octubre – diciembre 2004.

IX. WEBGRAFÍA

1. www.fiscalia.gov.ec
2. www.geosalud.com/malpraxis/lexartis
3. www.odontomarketing.com
4. www.medicosecuador.com
5. www.conadis.gov.ec/estadisticas

Quito, febrero del 2007