

**IX Curso Taller OPS/OMS/CIESS Legislación en
Salud
Marco Regulatorio del Acceso a la Salud**

“Deberes y Obligaciones en Relación de la Salud”

Luis J. Martínez Villalba, CIESS
Expositor

**Organización Panamericana de la Salud
Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social
2 – 6 de Septiembre, 2002
México, D.F., México**

Deberes y obligaciones en la relación de salud

Luis J. Martínez Villalba, CIESS

El análisis de este tema a mi cargo no proviene de la peculiar especialización sobre la relación médico-paciente, sino de la experiencia adquirida en algún tiempo en el desempeño de la labor profesional y, naturalmente, de la que hemos conocido y enriquecido en los años recientes en algunos de nuestros foros, discusiones, seminarios y demás. Esta es, pues, la aclaración de que no soy un especialista y que, más que nada, quisiera estimular una reflexión y discusiones o debates que pudiéramos tener, o que podrían tener ustedes en los días sucesivos.

En primer lugar, es preciso señalar que en América Latina, que es el escenario que de alguna manera tenemos representado en toda nuestra mesa, la realidad de las llamadas instituciones de seguridad social es peculiar a cada país. De conformidad con la evolución histórica de los respectivos regímenes, hay países, especialmente en el Cono Sur y otra gran parte de América del Sur, en los que el concepto de seguridad social está básicamente restringido por el hábito, más que por la naturaleza propia de la seguridad social, a la labor vinculada con la asignación de jubilaciones y pensiones, u otras prestaciones a personas en actividad que generalmente se traducen en entrega de dinero y eventualmente, en algunos servicios. No se trata de que la seguridad social como concepto sea distinta en unos países

que en otros, aunque, de hecho, puede serlo de conformidad con su evolución histórica, más allá de la unificación que nosotros hagamos con un criterio lógico o científico.

Se trata de que los órganos prestadores de la llamada seguridad social se dedican preferentemente a unas tareas con preeminencia respecto a otras. La situación inversa, en cambio, se verifica en otros países de la región y es especialmente visible en Centroamérica y acá, en México, donde, prácticamente, es de una elocuencia que nos exime de mayores comentarios. Cuando pensamos en el Instituto Mexicano del Seguro Social, evocamos esencialmente una institución prestadora de servicios de salud que garantiza a la gente atención de su salud, por encima de cualquier otra consideración, aunque por cierto su labor es bastante más amplia que esto.

Por lo tanto, la relación entre la seguridad social y los temas que estamos analizando ahora es estrecha, es directa, es inescindible, forma parte de la naturaleza de la seguridad social y de las prestaciones que ella otorga, pero tiene una connotación desde un punto de vista vivencial mucho más rica, mucho más actual, mucho más fácilmente comprensible en países como México, en países centroamericanos, en Colombia y en otros de nuestro subcontinente.

Cuando hablamos de los derechos y obligaciones con la salud, tenemos que partir de una relación bilateral. El derecho a la salud, considerado como un derecho social, involucra un conjunto de valores que la sociedad adopta y transmite a sus cuerpos normativos de diferente manera. De hecho, está incorporado prácticamente a todas nuestras constituciones.

Pero la relación entre las partes, cuando así se denomina, de los derechos y obligaciones recíprocos, aluden esencialmente a la comunicación y la existencia de unas relaciones en el orden jurídico, en el orden técnico, entre un profesional de la medicina y su paciente. A partir de aquí se derivan toda una larga serie de consecuencias y naturalmente trascienden muchas de tales consecuencias a esta relación en sí misma. Pero sigue siendo ella el núcleo, la base, la esencia misma, el concepto de los derechos y obligaciones de las partes en materia de salud.

La necesidad de una formación de los médicos acerca de la disciplina jurídica de su actividad, constituye de alguna forma un lugar común, y podemos decir hoy, con una certidumbre absoluta, muy distinto a lo que podría imperar 40 años atrás, por ejemplo, que el médico debe tener una conciencia plena y cabal del conjunto de sus deberes y obligaciones, y estar suficientemente informado acerca de las consecuencias que eventualmente pueden derivarse de los actos que ejecuta y de las decisiones que adopta.

El paso del tiempo ha ido enriqueciendo en sus matices, en la profundidad de los análisis, el estudio de tales derechos y obligaciones. Creo que todos ustedes, o bien vivieron en algún momento el fin de un tiempo en que la relación de un médico y su paciente estaba caracterizada por el paternalismo, más que por una situación que lo colocaba en un pie de igualdad, o bien, si no lo vivieron, lo conocen por el relato de otros profesionales médicos, como son la mayor parte de los aquí presentes y, por lo tanto, tienen la noción de los notables cambios que en esta materia se han producido.

Sin embargo, como el derecho evoluciona siempre tardíamente respecto a los hechos sociales, y solamente va a disciplinarlos buscándoles soluciones y estableciendo reglas una vez que los hechos se han producido y es necesario proveer soluciones para problemas nuevos, todavía nosotros seguimos en el orden jurídico, en la mayor parte de nuestros países, atados a algunas concepciones y sujetos a ciertas normas pensadas para un tiempo en que la relación del médico con el paciente era distinta de lo que es hoy.

Sin embargo, y con ser esto verdad, tampoco hay que pensar que la sustancia de esta relación se ha alterado en lo fundamental. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México, por ejemplo, institución que ha venido trabajando con singular acierto en la resolución de conflictos entre instituciones prestadoras de salud y pacientes, o entre médicos y pacientes, y cumpliendo una labor de creciente importancia en la definición de los derechos y deberes inherentes a las partes, elaboró recientemente la Carta de Derechos Generales de los Pacientes, con un criterio orientador que pretende recoger la experiencia y plasmar en un documento cuáles serían tales derechos. Si nosotros analizamos cuáles son, no vamos a encontrar novedades excepcionales, más allá de la afirmación sistemática, obviamente válida como tal, y consecuentemente de trascendencia desde un punto de vista de difusión, sobre el derecho de recibir atención médica adecuada, el de recibir un trato digno y respetuoso, el de recibir información suficiente y clara, oportuna y veraz, el de ser tratado con confidencialidad, el de recibir atención médica en caso de urgencia, el de contar con facilidades para obtener una segunda opinión, contar con un expediente clínico, ser atendido cuando esté inconforme con la atención médica recibida. Podemos advertir, sin mucha dificultad, que es la sustancia, y no estamos incorporando novedades ni consagrando

derechos que no surgieran del viejo cuerpo normativo vigente en la mayoría de nuestros países, porque estamos tratando de dar una visión obviamente muy general y amplia, incluyendo a México.

Recibir una atención médica adecuada y la información suficiente, clara, oportuna y veraz, valen por el énfasis que ponen en dos aspectos que son vitales. Cuando decimos recibir una atención médica adecuada, estamos pensando sobre todo con un sentido de igualdad en la necesidad de consagrar, obstinada y empecinadamente, un derecho que debe ser ejercido hasta donde sea posible en igualdad de condiciones, sin que pesen las inferioridades naturales o sociales que frecuentemente relegan a grupos enteros a una atención de menor calidad que la que reciban otros.

Cuando decimos que el paciente debe recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, finalmente nos estamos refiriendo al llamado consentimiento informado, o de otras maneras más o menos inteligibles y ampliamente conocidos por todos ustedes, es decir, al derecho que el paciente tiene, y la obligación consecuente del médico, de que sea exhaustivamente informado acerca de los riesgos inherentes a determinada terapia que el médico le propone. Es el énfasis en estas cosas lo que cambia. Quizás en pocos temas como el del consentimiento informado, ese énfasis se hace más notable porque hoy por hoy, casi no se concibe que una persona sea intervenida sin que previamente haya recibido información e incluso haya firmado un formulario en el que expresa su conformidad con la intervención a que va a ser sometido o con los exámenes invasivos, o con otros actos médicos de naturaleza tal que implican cierto riesgo, mientras que esto, en el pasado, estaba

dentro de lo que llamaban el privilegio terapéutico, es decir, formaba parte de algunas prerrogativas que los médicos solían asumir que tenían y que la sociedad finalmente les reconocía.

En 1984, apenas hace 18 años, que es muy poco tiempo en términos históricos, en Canadá, por ejemplo, se hizo una encuesta y el 50% de los médicos de ese país que responden a la encuesta, creen que es una facultad del médico informar exhaustivamente al paciente sobre la dolencia que padece, o bien hacerlo de una manera más o menos discrecional, de forma que atienda a la conveniencia mayor del paciente según el criterio del médico.

Este fenómeno tan arraigado ha dado paso crecientemente al imperio del consentimiento informado y a la necesidad de brindar, de una manera inteligible, veraz, leal, fácilmente comprensible, según el estado y nivel cultural del paciente, sobre su enfermedad y sobre la terapia o tratamiento. Pero, finalmente, no dice nada que no esté desde tiempo atrás en nuestras leyes.

El énfasis, quizás, radica en que en nuestro derecho civil, tal como él existe en la mayor parte de nuestros países, la relación médico-paciente es esencialmente concebida como una relación contractual. Es decir, estamos frente a un acto que implica el arrendamiento de unos servicios. Yo entrego una cantidad de dinero a cambio de la prestación de un servicio que un profesional me brinda. No es demasiado diferente al arrendamiento de servicios que celebro con el que me va a arreglar el auto. Ustedes me

dirán que la comparación no es muy feliz. Quiero decir que cuando tenemos que analizar de qué manera se resuelven las controversias, se examina la naturaleza de las relaciones jurídicas, se determinan las circunstancias de una relación entre un médico y un paciente, o entre una institución prestadora de servicios y un paciente, hay que ir generalmente a la regulación del arrendamiento de servicios. Esto es, de una fórmula contractual que básicamente se refiere a este tipo de prestación o de relación.

Sin embargo, el tiempo nos ha ido marcando naturalmente los rumbos y las peculiaridades de esta relación y podemos circunscribirla en grandes rasgos, esencialmente con un carácter muy amplio y general, sin caer en la erudición con citas más o menos copiosas. En esta especie de plática, o de conjunto de reflexiones, me voy a referir esencialmente a una serie de experiencias que son especialmente aplicables en los países de América Latina, aunque muchas de ellas reconocen su origen en la jurisprudencia o en la doctrina de países de Europa o, particularmente, de los Estados Unidos, y voy a seguir algunos de los textos más importantes que se han escrito sobre la materia.

En primer lugar, ¿cuál es la naturaleza de la obligación que el médico asume frente a su paciente? Y acá tenemos que caer en una respuesta vieja pero que sigue siendo igualmente indubitable, hoy como ayer. El médico no asume la obligación de sanar al enfermo sino la de prodigarle los cuidados solícitos y la dedicación máxima razonable y compatible con el estado actual de la ciencia y los conocimientos existentes. Cualquier otra consideración, cualquier otra afirmación, por mucha respetabilidad intrínseca que tenga, desconoce la naturaleza esencial del acto médico y el carácter conjetural de la ciencia

médica. Sin embargo, siendo éste un dato de la realidad, como tal incuestionable, la evolución de la ciencia ha llevado frecuentemente a conclusiones más audaces y a imponer a los médicos obligaciones mucho más gravosas.

Se dice que el acto médico es aleatorio, en el sentido propio de la expresión, porque está sujeto a contingencias inciertas; y que, por ende, es imposible, por sencillo que el acto sea, asegurar que el aún aparentemente más simple no pueda deparar consecuencias dañosas. Pero el perfeccionamiento de los conocimientos conduce, cada vez con más probabilidad, a certidumbres, si no completas, aproximativas, y entonces permite poner en duda hasta dónde el acto médico es siempre un acto aleatorio. ¿Hasta dónde la obligación del médico es siempre una obligación de medios? ¿Hasta dónde puede haber una obligación de resultado?

Desde hace por lo menos veinticuatro años, en Italia, a consecuencia de una sentencia de la Corte de Casación en diciembre de 1978, se estableció como máxima de experiencia y como un criterio jurisprudencial que en las intervenciones de fácil ejecución, de las que normalmente no se deriva ninguna consecuencia dañosa y que son ejecutadas más o menos rutinariamente de acuerdo a procedimientos ampliamente consolidados, el daño o la muerte del paciente debe presumirse que obedece a culpa del médico actuante. Esta decisión, que hizo escuela y que es recordada en casi todos los estudios sobre la materia, es evidentemente de gran trascendencia, pero si la miramos en un aspecto estrictamente jurídico, no implica tampoco un cambio completamente radical en materia de principios sobre este asunto. ¿Por qué? Porque se supone que alguien que sufre un daño y reclama la

reparación de ese daño, porque ha tenido una lesión imprevisible a consecuencia de determinada intervención y reclama una reparación, o sus deudos lo hacen en caso de su fallecimiento, tiene que probar no solamente la existencia del daño, que es un hecho objetivo, sino la relación causal entre el daño ocasionado y el acto del médico que, como dijimos, por tratarse de una obligación de medios, únicamente es sancionable si ha actuado con culpa, entendiéndose por culpa el actuar en forma no diligente o en forma imprudente.

Lo que la Corte de Casación italiana dice, a partir de 1978 ha ganado terreno a nivel internacional, y también en nuestros países. Claro está, no es que se dé por probada la culpa del médico y que haya actuado con impericia o negligencia o imprudencia, sino que se presume, en consideración a la excepcional sencillez de la intervención que, habiéndose verificado un daño, fue culpa del médico, y entonces lo que se produce es lo que en derecho se llama la inversión de la carga de la prueba. Esto es, si antes, el que había sufrido el daño tenía la obligación de demostrar la existencia de un nexo causal entre ese daño y la acción u omisión del médico, ahora le corresponde al médico, y en su caso a la institución, demostrar que actuó diligentemente.

Finalmente, este esfuerzo teórico, que se dirige a proteger los derechos de los pacientes no toma suficientemente en cuenta los riesgos inherentes a la profesión médica y la carga con un peso adicional, que no está en la naturaleza de la relación ni en el carácter de las obligaciones que el médico asume.

Las cosas no quedan acá, sin embargo. En la Argentina, en 1987, si yo no estoy equivocado, se sancionó en ambas Cámaras del Congreso una ley por la que se transfería al médico, en caso de daño, la responsabilidad y la obligación de probar que el evento dañoso acaecido a su paciente no había sido por su culpa. El proceso fue largo, y terminó con un veto del Poder Ejecutivo, por lo que, aquella disposición legal no se transformó en derecho positivo y generó una áspera discusión de gran relevancia en los ámbitos científicos, tanto médicos como jurídicos, de ese hermano país.

En la Comunidad Económica Europea, más o menos por la misma época, en ocasión de discutirse los derechos del consumidor y de plasmarse en un documento cuáles serán éstos, se hizo un capítulo particular acerca de la responsabilidad médica, y otra vez se intentó en la comisión respectiva insertar un principio de responsabilidad presuntiva del médico, transfiriendo la carga de la prueba al médico o a la institución prestadora de servicios cuando se producía un evento dañoso. Tampoco prosperó y finalmente quedó en una iniciativa que no se transformó en una norma de aplicación general. ¿Qué quiero decir con esto? Quiero decir que hay un cambio notorio expresado de diversas maneras, a través de las cuales el derecho intenta apresar una realidad nueva y darle formas también nuevas, a veces, con éxito, otras veces sin él. A veces con asidero y lógica, otras veces, sin una cosa ni otra.

En esta materia, los mayores cambios los ha provocado, como es común, la jurisprudencia. Hay un conjunto de fallos de los magistrados que constituye una de las formas de evolución del derecho, una de las maneras cómo, ante la imposibilidad de que las

normas se adecuan a las nuevas realidades, con la velocidad de vértigo con que éstas se presentan, las van recogiendo, van innovando y van dándoles nuevas interpretaciones.

Sobre esta materia, vimos por ejemplo el caso de la sentencia de la Corte de Casación Italiana de diciembre de 1978, cuando establece que hay una presunción de culpa en los supuestos de intervenciones de fácil ejecución que terminen con un resultado dañoso. Y podemos citar, porque es un clásico, la teoría conocida como del “*res ipsa loquitur*”, esto es, la teoría de que los hechos hablan por sí mismos. Esta tesis fue originaria, si yo no estoy equivocado, de Inglaterra en el siglo XIX, y no tenía nada que ver con la relación médico-paciente. Empezó con una sentencia que un juez británico dictó, a raíz del accidente provocado por una maceta que se cayó desde un balcón en la cabeza de un transeúnte, y entonces el magistrado estableció que no está dentro del orden natural de los sucesos, si no hay un vendaval o algún otro factor climático que lo justifique, que una maceta caiga desde un balcón en la cabeza de un peatón, a menos que haya existido imprudencia del habitante de la finca. ¿De qué otra manera podía la víctima probar que había existido culpa si no se introduce un principio que, en nombre del sentido común y de la experiencia, permita sacar unas inferencias y deducciones razonables, siempre respetando el derecho del presunto responsable de demostrar que actuó con diligencia y operaron circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor?

Esto que comenzó siendo apenas un pronunciamiento vinculado a este caso tan peculiar, y que se extendió luego en la jurisprudencia anglosajona, al llamado transporte benévolo, ha pasado a ser hoy una regla que tiene una particular aplicación en los Estados

Unidos. Ustedes saben que los Estados Unidos han sido el país en que más tempranamente se desarrollaron las demandas contra las instituciones de asistencia médica, al extremo de que a mediados de los años setenta, y otra vez a mediados de los ochenta, fue necesario sancionar ciertas reformas legislativas para atemperar la responsabilidad, porque el costo de la asistencia médica, como consecuencia de los seguros que es indispensable contratar para cubrir las eventuales demandas, se había vuelto de unas magnitudes insospechadas. Y desde luego que esa moda incluye, a pesar de lo que tiene de bueno, el vicio de la industria de la reclamación, de bufetes de profesionales que se dedican prácticamente sólo a eso, de gente que ante el acaecimiento de un accidente, sale corriendo y le dice a la presunta víctima “quédese quieto”, “grite”, “pida asistencia”, “quéjese del dolor”, y “tome esta tarjeta y después llámeme”. Esto es un dato de la realidad. En Estados Unidos hay ahí una jurisprudencia riquísima porque, desde siempre, ha habido, antes que en nuestros países, en nuestro sub-continente, problemas en esta materia.

Entonces, la regla *‘res ipsa loquitur’*, es decir, los hechos hablan por sí mismos, ha sido de constante aplicación en la jurisprudencia de Estados Unidos, entendiéndose que cuando estamos ante procedimientos médicos más o menos rutinarios y que son realizados con absoluta regularidad, y los pacientes no presentan, *a priori*, problemas de salud graves que hagan presumir la alta probabilidad de un daño, debe, en principio, exigirse un resultado eficaz. Solamente cuando el profesional logre demostrar que el daño se produjo pese a haber actuado con toda la diligencia, etc., etc., y con arreglo a la llamada *lex artis*, podrá ser eximido de su responsabilidad.

Señalo, pues, estas dos expresiones de la jurisprudencia, una proveniente de Italia, otra de neto cuño anglosajón, como las que más notoriamente reflejan estos cambios que se van produciendo. Antes teníamos una aceptación completamente generalizada de que la obligación del médico es una obligación de medios, y por tanto sólo se responde por el daño resultante en caso de culpa médica, consistente en negligencia, impericia o imprudencia, y que son la víctima o sus deudos quienes tienen que demostrar la existencia de culpa. Lo que vuelve a la prueba un tanto diabólica, y poco menos que imposible que finalmente se pueda acreditar debidamente la culpa médica. Por eso se fue lentamente desarrollando este proceso que hace cada vez más aparecer a la obligación de medios con aspectos inherentes a una obligación de resultado. Cuando hablamos de prueba diabólica, nos referimos a aquella antigua expresión que denomina de tal modo a una prueba que es prácticamente imposible producir, como es el clásico ejemplo de la prueba negativa: tengo que probar que yo no hice alguna cosa.

Desde luego sabemos muy bien la diferencia entre obligación de medios y obligación de resultado. La que contrae el médico de procurar sanar al enfermo o mejorar su salud, y la que contrae el abogado, que no puede comprometerse *a priori* a ganar el pleito, son típicamente obligaciones de medios. La que contrae el escribano, o el notario, según se los conozca en sus países, cuando al celebrarse una escritura de compraventa asume la responsabilidad legal y profesional de inscribir el contrato en un registro a los efectos de que surta validez ante terceros y que no tenga ninguna tacha la propiedad del adquirente, ésa es una obligación de resultado, porque depende materialmente de la posibilidad de hacer algo, y sólo cede ante circunstancias de fuerza mayor, como podría ser

la substracción por robo en el despacho del profesional del documento u otra de similar carácter.

Sin embargo, decía, cada vez más aparecen dentro del escenario de las responsabilidades médicas los elementos inherentes a las obligaciones de resultado. Desde luego, esta es una visión muy amplia y general, una visión más o menos panorámica de una evolución que ustedes conocen, incluso mejor que yo, en muchos casos. Simplemente estoy tratando de hacer un conjunto de reflexiones, para que nosotros evaluemos la magnitud de los cambios que se han operado en la práctica, sin que los principios y las normas en sí mismas hayan cambiado en lo sustancial.

Me queda decirles que en materia de jurisprudencia también hay otras técnicas u otros conceptos que operan en esta misma dirección. En Francia ganó terreno, en su tiempo, la llamada culpa virtual. Es decir, una expresión que básicamente significa que, toda vez que un evento perjudicial no sea previsible o arreglado a la experiencia según lo que ésta nos muestra, debe presumirse que aquél que era responsable de la ejecución del acto, lo ejecutó con impericia o con falta de diligencia.

O lo que en derecho procesal se conoce como la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Resulta que había, por ejemplo, una mamá, que en representación de un hijo menor, cuyo padre se había desentendido de su suerte y era completamente renuente para otorgarle la pensión alimenticia a la que el menor tenía derecho, reclama ante la justicia. La justicia de menores se encuentra con que no hay una manera suficientemente eficaz de probar cuánto

gana el padre. Pero entonces tiene algunas inferencias, algunos elementos más o menos vagos, acerca de cierto *standard* de vida del padre que obtiene ingresos que no son fácilmente verificables y que no hay manera de determinar con precisión. Y entonces termina diciendo que, en atención a los derechos en juego y la preeminencia que el derecho del menor tiene, dado que hay una imposibilidad práctica de que se produzca una prueba fehaciente por parte de la demandante, quien tuvo la representación de su hijo, es el padre el que tiene la obligación de proveer elementos de prueba acerca de lo que gana. Y entonces, esa teoría llamada de las cargas probatorias dinámicas, porque supone que, aunque la carga de probar los ingresos la tenía la madre, el único que tenía en sus manos elementos como para aportar suficiente prueba era el padre y, por tanto, había que transferir la carga de la prueba, porque el derecho no puede quedarse en la letra y en la superficie, sino que tiene que penetrar un poco en la sustancia, en los fines que le son inherentes.

De este terreno del derecho de familia, se pasa al terreno del derecho del trabajo. Una gran parte de los elementos de prueba para dirimir un conflicto entre un empleador y su empleado o su ex-empleado están en la empresa, están en la contabilidad de la empresa, están en poder de la administración, y no hay manera de que el trabajador pueda exhibirlos. Entonces, la jurisprudencia laboral incorpora este mismo concepto, señalando que la prueba finalmente tiene que producirla aquel que está en condiciones de brindarla.

Y de acá se pasa en materia de responsabilidad médica a una conclusión bastante sencilla. Es decir, ¿qué cosa pasó en el quirófano? ¿Estuvo el anesthesiólogo presente todo el tiempo? ¿Hubo un control adecuado de todas las variables implicadas en la intervención?

¿Hubo, por “x” razones, un descuido o negligencia que deparó un evento dañoso irreversible? Es muy difícil llevar esto a un tribunal. No hay videos, no hay elementos probatorios y entonces, es la institución donde el hecho se produjo la que debe, según esta teoría, ofrecer esa prueba. Señalo de qué manera todas estas tendencias van perfilando un cambio, tenue primero, progresivo después, perceptible siempre, y termina siendo, sin que la sustancia cambie y sin que la naturaleza de la obligación del médico se altere, una relación diferente con unas obligaciones más gravosas, que exigen un cuidado mayor y que imponen a la institución y al médico una serie de recaudos y de previsiones que otrora no se tomaban. Pensemos simplemente en lo que nos pasa cuando vamos a ver al médico. En las instituciones colectivas, típicamente es el caso del Seguro Social Mexicano, el médico está cuidadosamente consignando, con detalle, lo que el paciente le relata, el diagnóstico, que es naturalmente un proceso conjetural, no forzosamente único, sin perjuicio de una segunda y ulteriores entrevistas. Esto realmente difiere de modo sustancial de la práctica de la medicina que las personas de mi edad conocimos hace apenas 20 ó 30 años y revela, pues, de qué manera se siente el peso de un conjunto de obligaciones que, sin que la naturaleza, repito, de las relaciones haya cambiado, recaen hoy sobre los médicos más que en el pasado.

Para que haya responsabilidad del médico en el supuesto de que algo salga mal, tiene que haber culpa. Esto es bastante claro y surge de lo que hemos expresado hasta ahora. La culpa, básicamente, insisto, implica o la negligencia, que es esencialmente un acto omisivo, o la imprudencia, que es un acto revestido de un cierto nivel de irracionalidad e irresponsabilidad, o la impericia. Y la impericia es, esencialmente, el apartamiento de la *lex artis*.

La *lex artis*, como ustedes saben, es un *standard* profesional de reglas técnicas, conformado por prácticas pero no por cualesquiera prácticas. Para que entendamos que la práctica médica ha consolidado como parte de la *lex artis* ciertos procedimientos ante ciertas circunstancias, esas prácticas deben ser no opinables, comprobadas, consolidadas luego de un largo tiempo, elaboradas y respaldadas por profesionales de competencia indiscutida, establecidas por medio de la enseñanza y las publicaciones. Ese concepto de *lex artis*, que tomo del profesor Gamarra y que puede ser más o menos distinto pero que, en sustancia, responde a las mismas ideas, implica algunas consecuencias en lo que concierne al apego o desapego a los preceptos de dicha *lex artis*. Lo primero es que la conformidad con el uso o práctica, o *lex artis*, excluye la culpa del médico cuando un daño se produce. Lo segundo, que la transgresión de la *lex artis* equivale al incumplimiento de los derechos inherentes al ejercicio profesional, o lo que es lo mismo, equivale a culpa médica.

Una feliz expresión de un tratadista de mi tierra, en realidad un médico que escribió un libro bien interesante sobre esta responsabilidad, dice que la culpa médica comienza donde terminan las discusiones científicas. Y esto nos conduce, naturalmente, a algunas preguntas, pues, entonces, la ciencia no puede progresar, porque si la *lex artis* es el conjunto de prácticas consolidadas y obligan al médico a ponerlas por obra forzosa y necesariamente, no hay manera que se aparte de ellas, entonces, la ciencia está anquilosada y queda en un punto en que no progresa. Y luego, esta conclusión sería esencialmente arbitraria y contradictoria en un todo con los fines y la naturaleza de la medicina. Por tanto, hay que ver cuándo el apartamiento de la práctica médica es justificable. Por regla general, la

jurisprudencia admite que ese apartamiento puede justificarse, dependiendo de la magnitud del problema del paciente, en los casos de nuevos tratamientos.

En el caso de emergencias, sobrevienen circunstancias tan peculiares que obligan a violar o transgredir la norma técnica para salvar la vida. Ejemplo típico que se relata, es el caso de una niña de dos meses de edad, que sufría convulsiones, a la que había que inyectarle Valium, y el médico optó por hacerlo por vía arterial, aunque la vía venosa era la indicada de acuerdo con la *lex artis*. A consecuencia de eso, la niña perdió la falange de dos dedos. Cuando se dio un reclamo de parte de la familia contra el médico, éste demostró que había obrado para salvar un bien superior, la vida, ocasionando un daño en un bien menor, que era la movilidad de parte de la mano. Es un caso típico en que el apartamiento de la *lex artis* está justificado y, desde luego, podrían citarse otros muchos.

También es preciso tener en cuenta lo concerniente a la proporcionalidad. Es decir, para transgredir la *lex artis*, tiene que estar en juego la posibilidad de pérdida de la vida o de una lesión muy grave que justifique ese apartamiento, si el resultado, aún sacrificando un cierto bien, salva un bien mayor.

Esto sería, en grandes líneas, algunas ideas sobre las peculiaridades de la relación médico-paciente, y de los derechos y obligaciones que le son inherentes. Más que una relación exhaustiva de los derechos y obligaciones de las partes, me parece que la descripción del carácter de la relación médico-paciente y su conceptualización jurídica nos va dando, de un modo claro, la esencialidad de tales derechos y obligaciones. Hace un rato les

hablaba sobre el decálogo de los derechos del paciente, ahora, gracias a la confianza de la Comisión Nacional del Arbitraje Médico, se nos ha facilitado un documento interno, en el que están trabajando y que naturalmente no tiene carácter oficial y no puede ser difundido aún, pero están elaborando una carta de derechos de los médicos. Y si vemos cuáles son los derechos generales de los médicos, otra vez nos vamos a dar cuenta de que, en sustancia, no hay innovaciones trascendentales con relación a lo que históricamente, tradicionalmente, se ha reconocido.

–Recibir trato respetuoso por parte de paciente y familiares, así como de sus superiores, etc., es un derecho inherente al trabajador, cualquiera sea la labor que desempeñe, independientemente de su condición profesional.

–Recibir una retribución digna por su trabajo.

–Trabajar en instalaciones apropiadas y seguras, se vincula más con el fenómeno de salud en el trabajo, reconocido por la legislación general, que con la función *stricto sensu* del médico, y más allá del valor intrínseco que tiene la recopilación, se consigna de un modo claro y preciso un conjunto de derechos y obligaciones que nos permite ver, sin demasiado esfuerzo que, en realidad, la sustancia de estos derechos y obligaciones sigue básicamente circunscrita en los términos tradicionalmente reconocidos.

–Tener a su disposición instrumentos e insumos que requiere la práctica profesional. Esto es muy importante. Me quiero detener un momento porque, en el marco de la relación básica entre el prestador del servicio de salud y el paciente, y del carácter de las obligaciones que se asumen, que son las que hemos visto, se incorporan sin duda, junto a las obligaciones de medio, algunas obligaciones de resultado. Obligaciones de resultado que son, esencialmente, de un carácter de atención. Es decir, el paciente tiene derecho a que no se produzcan ciertos resultados que dependen, no de la observancia de las normas, de la *lex artis*, ni de la pericia, ni de la prudencia del médico, sino del cuidado básico y elemental sobre objetos o cosas necesarias para el desarrollo de la actividad médica. Y caso típico es el que deja una compresa en el cuerpo del paciente, donde manifiestamente ha habido ahí un abandono de un objeto revelador, objetivamente, sin necesidad de más prueba, de que se obró contra una obligación, que ya no es una obligación inherente a la ciencia médica, que es una obligación de la prestación de cualquier servicio, de la naturaleza que sea. El otro es la lesión provocada por un bisturí eléctrico, a consecuencia de las malas condiciones del aparato. Allí no hubo una revisión apropiada y el mantenimiento adecuado de los equipos. O la caída del paciente de una cama porque, estando en unas condiciones que no le permitían una estabilidad completa y sufriendo de algunos problemas de equilibrio o de motricidad, se lo coloca en una cama sin proveerle los cuidados y garantías apropiadas para que no se caiga, etc., etc. Todo lo relativo al instrumental tiene mucho que ver, porque cosas tan elementales como el recuento de los instrumentos, por ejemplo, en una operación, son precisamente destinadas a evitar que se produzcan resultados dañosos que ya no dependen del error, de la negligencia o de la impericia, sino simplemente del descuido total y absoluto en el manejo de objetos.

En fin, podríamos citar otros derechos, como asociarse por la defensa de los intereses profesionales, que es un derecho de los trabajadores en conjunto, reconocido por regla general en las Constituciones.

En términos generales, nosotros podemos percibir que este conjunto de derechos de las partes, si ha cambiado, ha sido desde el punto de vista de los desarrollos, de la amplitud, de las modificaciones que aparejan las nuevas realidades prácticas y de la ciencia, pero no de la sustancia de cómo el derecho examina y disciplina la relación entre los prestadores de salud y los pacientes.

Desde luego, hay todo un capítulo acá vinculado con la responsabilidad de las instituciones. Es evidente que cuando yo confío el cuidado de mi salud a un médico que trabaja en una determinada empresa, estoy celebrando un contrato. Todos sabemos que en el momento que el paciente se presenta en el consultorio del médico, sea un médico que atienda en su casa particular, o como es general en nuestra sociedad hoy en día, que pertenezca a una institución pública o privada de salud, está celebrando un contrato. Los contratos pueden ser verbales o escritos. Este es típicamente un contrato verbal, aunque después empieza a haber prueba escrita, pues hay una historia clínica, etc.

En las enseñanzas del derecho tradicional, cuando superficialmente se estudian estas cosas, tenemos un problema de formación. Los abogados aprendemos muy poco sobre esta

materia y los médicos, entiendo, en general aprenden poco también sobre la disciplina jurídica de su actividad, lo cual evidentemente es una falla que el tiempo va supliendo y que algunas cuantas Universidades están crecientemente subsanando.

Pero, decía que estamos ante un contrato. Cuando yo voy al Instituto Mexicano del Seguro Social en el ejercicio de un derecho, o cuando voy al sanatorio A, B o C, yo estoy asumiendo que no solamente me pongo en manos de un médico, sino que me pongo en manos de una institución. Por lo tanto, es preciso examinar la responsabilidad del médico y la responsabilidad de la institución. Hay algunas responsabilidades, como las de carácter penal, que son intransferibles y personales. Ejemplo: se presenta una persona para una operación sencilla y por un manifiesto acto de negligencia de uno de los profesionales actuantes, cirujano, anestesiólogo, etc., se produce el resultado muerte. Desde un punto de vista penal, es posible que acá haya un homicidio culpable o culposo. Esto es, un homicidio que no ha sido intencional, pero que ha sido la consecuencia de la imprudencia o de la negligencia con que actuó el agente, que terminó provocando la muerte de la víctima. Esta es una responsabilidad personal e intransferible y sólo aquél que haya incurrido en el acto que pueda ser tipificado como homicidio culposo, esa persona física será la que pueda ser sancionada penalmente con privación de libertad.

Pero hay una responsabilidad económica. No es cuestión de que simplemente fue preso y entonces el daño quedó reparado. No. Independientemente de que la muerte es intrínsecamente irreparable, es evidente que si la persona era la fuente de sustentación de su familia, o contribuía al sostenimiento de ésta, se produjo para los deudos un grave daño que

debe ser reparado, y en tal caso es una deuda de la que responden la institución y el médico, y lo que deba repartirse por la responsabilidad patrimonial entre ellos es un problema ajeno por completo a la víctima y a sus familiares.

La importancia de esto radica en que frecuentemente los médicos tienen que trabajar en unas condiciones bastante precarias. No se trata de que el médico pueda prescribir cualquier medicamento, sino que frecuentemente solamente puede prescribir algunos y muchas veces, los que se prescriben no se consiguen fácilmente. Este es un problema que ustedes lo conocen bien. Ni se trata tampoco de que el médico pueda hacer una operación en las condiciones de asepsia más extraordinarias, más allá de que los riesgos existen siempre, desde luego, aun con certidumbre completa y con un instrumental cien por ciento adecuado. Muchas veces hay que intervenir, incluso en instituciones importantes, que están con todo el lujo, pero que a menudo no tienen, desde el punto de vista del instrumental, absolutamente todas las condiciones.

De modo que en esto también es preciso tener en cuenta que cuando hablamos del médico, nos referimos a un médico actuando en un cierto entorno, en una cierta realidad, con un cierto telón de fondo, y a la institución que, naturalmente, responde, porque es con la institución que se celebra el contrato. Y eventualmente puede hacerlo directamente el médico, en el caso de asistencia particular, y por ende, hay una responsabilidad de la propia institución adicionalmente a la que pueda tener el médico.

Finalmente, quisiera referirme brevemente a una de las facetas más notables de esto que llamamos los derechos y obligaciones de las partes en la relación médica, a la que me referí con anterioridad y que por sí misma justificaría todo un amplio desarrollo de este tema. Se ha escrito bastante sobre esto, y me parece uno de los cambios más espectaculares de los últimos tiempos. Quizá los que son médicos no lo perciben de la misma manera que el que ha tenido experiencia personal, o a través de acompañar a familiares que van al médico, de qué manera ha cambiado el nivel de información que el paciente tiene. De aquella concepción de la mentira piadosa como algo absolutamente natural, se ha pasado hoy a otra, en la que se exige forzosamente al médico que le diga al paciente toda la verdad. No hace más de veinte o treinta años que muchos de nosotros, nos asombrábamos cuando nos decían que en los Estados Unidos, por ejemplo, un paciente que padecía de cáncer era informado *ipso facto* por el facultativo. Y no sólo que usted tiene cáncer, sino qué clase tiene, y qué perspectivas, y qué tiempo presumible de vida le queda a usted. Mientras que con nuestra concepción, con nuestra idiosincrasia, con nuestras características, no sólo en Latinoamérica, sino en muchas otras partes del mundo, se buscaba endulzar todo y se enteraban únicamente algunos familiares, porque se dudaba de que el paciente estuviera psicológicamente en condiciones para recibir tan penosa noticia.

El consentimiento informado es uno de los grandes logros y de los grandes pasos a favor de los derechos del paciente, a favor del sinceramiento de la medicina como ciencia. ¿Implica pérdidas? Sí. Implica, a veces, un deterioro eventual, posible, de una relación de confianza más o menos ciega, como la que algunas veces se supone tenían los pacientes con sus médicos en el pasado, pero implica también, sin duda, una posibilidad mucho más

natural del ejercicio de la libertad del paciente de tomar decisiones que pueden ser de gran trascendencia.

Por otra parte, nadie sabe qué reacción alguien va a tener frente al conocimiento de un desenlace fatal, o aún de una enfermedad crónica, grave, degenerativa, que pueda aparejar en el mediano plazo una pérdida progresiva de facultades y que entonces, también es preciso consignarlo, es el derecho inherente de la persona saber qué tiene y qué quiere hacer con su vida, a la luz de ese conocimiento, porque si tiene que estar a ciegas, en la ignorancia, toma decisiones sobre bases completamente falsas y eso puede aparejar consecuencias absolutamente indeseables.

Sabemos bien en qué consiste el consentimiento informado, que es una obligación legal, reglamentaria o ética, de informar sobre el diagnóstico, el tratamiento y el pronóstico. Se refiere, fundamentalmente, a una información sobre las ventajas e inconvenientes de cierta y determinada terapia para permitir al paciente adoptar una decisión en consecuencia. Debe ser precisa, minuciosa y exhaustiva, y puesta en términos inteligibles de conformidad con el nivel cultural del paciente. (Otra vez sigo aquí las enseñanzas del maestro Gamarra).

Desde hace algún tiempo se ha generado el hábito en algunas instituciones y algunos países, no en todos, de hacer firmar al paciente un formulario que dice: “el paciente declara haber sido debidamente informado acerca de la naturaleza del tratamiento propuesto, así como las consecuencias que de él podrían derivarse.” ¡Es tanto como no decir absolutamente nada! Eso no es un consentimiento informado y por tanto, si se produce un

daño, y el paciente dice que no ha sido debidamente informado, tiene razón. Tiene que decir que le ha sido propuesta determinada terapia para un cierto mal y que se le ha explicado, al menos en lo esencial, cuáles son las consecuencias eventuales.

Desde luego es impensable, al menos en la realidad actual, con las realidades económicas que tenemos, con la limitación que tiene el médico, cuando la institución le exige que atienda a un mínimo de X pacientes por hora. Entonces, el médico no puede estar escribiendo cuidadosamente, porque solamente con un paciente se le fue todo el tiempo explicándole. Por tanto, hay que dar un formulario escrito que recoja, en grandes líneas, lo esencial, y aunque ha sido muy discutido y nunca va a faltar un abogado suficientemente hábil para tratar de demostrar que la información finalmente fue genérica, la realidad nos dice que si no hay un formulario impreso, en donde se deje lugar para alguna anotación adicional de excepcional importancia, no hay manera de que esto funcione. Pero ese formulario impreso no tiene por qué ser único. Puede haber formularios distintos en atención a la peculiaridad de la intervención. De hecho, nosotros podemos clasificar las intervenciones y un porcentaje muy alto de éstas son, si no rutinarias, perfectamente delineadas, perfectamente conocidas y los daños colaterales que pueden derivarse están también claramente determinados.

De modo que acá hay que buscar un punto de equilibrio entre la lógica, la disponibilidad de tiempo, la eficacia en la prestación de los servicios y el derecho del paciente. ¿Cuál es el fundamento del derecho del paciente a la información? Pues esencialmente, el derecho a la libertad. Todo esto daría para un desarrollo extenso pero

estamos de alguna manera repasando, a vuelo de pájaro, ciertos conceptos para refrescarlos, y como el fundamento es el derecho a la libertad, entonces, hay que respetar la decisión del paciente.

Bien interesante, porque resulta típico, es el caso, y dicho con todo respeto por las convicciones y creencias de la gente, de los Testigos de Jehová, que ha sido constantemente en la jurisprudencia una de las cuestiones que más ha desvelado a los magistrados. “No me someto a transfusiones, no acepto.” Entonces, si no me someto a esta intervención quirúrgica, ¿qué tiene que hacer el médico? Bueno, en primer lugar, si están en una situación de emergencia en que el paciente corre peligro de vida y no puede dar su consentimiento ni su negativa, debe obrar a favor de la vida del paciente, esto está fuera de discusión. Pero si el paciente se obstina y se está muriendo, y se le informó absolutamente todo, y el paciente se niega, no hay manera de que el médico siga adelante.

Y en esto tenemos que ser consecuentes. Si la obligación de informar exhaustivamente al paciente para que éste decida, tiene por objeto que éste adopte una resolución acerca de lo que el médico le sugiere, hay que respetar su decisión. Y si el fundamento es el derecho de la libertad, por cierto se dirá, “bueno, la vida es más importante.” Tema hartó discutible, ¿verdad? Desde el tiempo en que Santo Domingo de Silos le dijo al rey: “Señor, la vida podéis quitarme, pero más no podéis”, nosotros sabemos que el derecho a la libertad goza del mismo rango que el derecho a la vida. Por tanto, no hay una preeminencia entre uno y otro sino que es preciso respetar la decisión del paciente. Esto significa que debe ser respetada en cualquier caso.

Bueno, este caso de los Testigos de Jehová ha planteado situaciones notables, sobretodo cuando están hijos menores de por medio, y la jurisprudencia se ha inclinado en estos casos a ejercer una especie de prerrogativa de derecho público inherente al interés social en juego, puesto que, digamos, se supone que extender a personas menores, que no tienen uso de razón, la voluntad de sus padres, conduciéndolas de un modo casi inexorable a la muerte, es más que respetar el derecho de la libertad, hacerse partícipe en una decisión que priva de la vida a una persona.

¿Cuáles son las excepciones –desde luego podríamos extenderlo más pero ya es más que suficiente–, a la obligación? Básicamente son tres. Aquí sigo también los criterios enseñados por Gamarra. La primera sería la de una situación de emergencia o urgencia. Quizás la definición más precisa es la que trae la Ley General de Sanidad Española de 1986, que dice que “la obligación de informar exhaustivamente al paciente y obtener su consentimiento cesa cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro del fallecimiento.” En el Uruguay, país del que provengo como ustedes saben, el reglamento existente sobre la materia sólo contempla el caso de peligro de vida. La fórmula de la ley española es bastante más precisa. Cesa la obligación cuando la urgencia no permita demoras, por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro del fallecimiento. Entonces acá no hay cuestión. Acá, en el caso de emergencia o urgencia, hay que actuar sin pedir permiso.

La otra excepción es la razón de interés general, que son los tratamientos sanitarios obligatorios. Cuando hay una vacunación, hay un peligro de que una epidemia se produzca, o se trata de conjurarla, etc., impera allí una prerrogativa del Estado en el sentido de tomar las medidas sanitarias de interés general.

La tercera excepción, es la renuncia al consentimiento informado. La persona dice: “yo no quiero saber nada, hágame lo que le parezca”, pero –como se dice en México— “papelitos hablan”. Tiene que firmar la renuncia.

¿De qué manera la información debe ser expresada? Nos referimos antes, básicamente, en el sentido de que debe ser simple, aproximativa, exhaustiva, inteligible y leal. ¿Cuál es su contenido? Debe tener básicamente los datos significativos. De acuerdo con la experiencia anglosajona, especialmente norteamericana, que también obedece a una cierta idiosincracia, una cierta psicología, ya que los estadounidenses son muy prácticos en todas sus cosas, éstos reducen el ámbito del consentimiento informado a los llamados riesgos significativos. Es decir, un riesgo que es previsible, pero que pueda darse en una proporción de uno en 500 mil, no debe ser necesariamente informado, porque haría la lista interminable, obviamente, y porque está un poco fuera de las realidades probabilísticas.

Hay, por ejemplo, que tener en cuenta, y con esto voy a terminar, la situación peculiar del paciente. Si yo voy a hacer una operación de las cuerdas vocales, tengo que ser cuidadoso en informarle de un modo exhaustivo y preciso al paciente sobre las derivaciones indeseables de la cirugía, pero tengo que ser excepcionalmente cuidadoso si voy a operar a

un cantante. O si voy a operar de las manos a un pianista. Y, además, depende de la situación. Por ejemplo, el prolapso es una enfermedad que afecta básicamente a las mujeres. Y si voy a operar a un hombre, hay que ser más cuidadoso, explicándole qué cosas le pueden pasar, debido a las consecuencias de la intervención. Me refiero a un caso concreto en la jurisprudencia en que una operación de este tipo llevó a la impotencia del paciente. Y entonces, es muy distinta la información que el médico debe brindar en consideración a las peculiaridades de cada situación.

Más que una descripción exhaustiva, analítica, del Código civil o de las normas reguladoras de la prestación de servicios de salud de cada país, me ha parecido útil una visión general que nos permita, al mismo tiempo que tener una panorámica, examinar también de qué modo han evolucionado instituciones que, como dije al principio, sin haberse alterado en la sustancia, han cambiado, sin embargo, en la realidad y han modificado, de un modo drástico, los hábitos y las costumbres, pasando de una relación otrora caracterizada por la superioridad y el paternalismo de una de las partes con respecto a la otra, a una relación en la que hay un mayor nivel de igualdad. Comprensiblemente, esta igualdad es tanto mayor cuanto mayor formación y preparación y cultura tiene el paciente. Y la relación de una relativa subordinación persiste tanto más cuanto más distante está el paciente en su nivel cultural, especialmente, y a veces, socioeconómico, que va asociado, con relación al médico.

La relación del médico y el paciente hoy es menos romántica que lo que yo creo fue en el pasado. El privilegio terapéutico ha dejado su sitio a la obligación de informar. La

ignorancia asumida con cierta resignación por el paciente, casi como una cosa natural, absteniéndose de preguntar muchas cosas, deja hoy un ancho campo a un cúmulo de requerimientos y de interrogantes que no dejan de plantearse. Esto no es simplemente fruto de algunos cambios operados más o menos por casualidad. No. Es el fruto de los progresos de la ciencia, de la difusión de los conocimientos, de la mejora en las herramientas e instrumentos de comunicación y en la calidad de comunicación, de la amplia difusión de las conquistas médicas y de los prodigiosos avances de la ciencia, que por lo mismo que permiten hoy salvar vidas en una proporción incalculable apenas ayer, solucionan problemas que antes eran definitivamente irresolubles, proveen cura a enfermedades otrora irreversibles. Al mismo tiempo que todo esto se produce, se generaliza en la gente la sensación de que pueden vivir más y mejor, y en consecuencia, tienden a ejercer más activa y protagónicamente sus derechos, con el equilibrio que es natural, con la ponderación que es precisa, con la búsqueda de un justo medio, donde siempre se encuentra, por regla general, la verdad. Hay que asumir que esas cosas son hoy así y que posiblemente van a continuar incrementándose con el tiempo, y yo creo que, en general, marcan un camino de progreso en el ejercicio de la alta labor social del médico.