

Derechos y deberes en el acto médico

Oswaldo Romo Pizarro

Abogado

Presidente de la

ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO SANITARIO

Ética, derecho y deber

A principios del siglo pasado el insigne Lacassagne expresaba: **“el principio de la responsabilidad es una seguridad para los médicos instruidos, concienzudos y prudentes, una amenaza constante para los temerarios, los audaces sin escrúpulos y los ignorantes imperturbables, y es al mismo tiempo una barrera infranqueable contra las reclamaciones fantásticas, los caprichos y el mal humor”**. He querido comenzar esta intervención con esta cita, ya que si bien observamos en nuestra época los avances sorprendentes de la medicina, pudiendo agregar, impredecibles en el futuro, observamos también que el concepto de responsabilidad en la gestión del médico se hace cada vez más complejo en su determinación y resultado. Si bien siempre ha existido la responsabilidad específica del médico, hoy está muy lejana la idea que a este respecto proclamaba Marañón, una especie de absolución en su ejercicio por considerar que era suficiente su profesionalidad para determinar la excelencia en su gestión. **Por el contrario, nunca ha sido más claro y certero aquel principio que enseña que mientras más avanza la ciencia, mayor y más severa es la responsabilidad del médico.**

Los fines de la medicina no han cambiado; es así que la prevención de la enfermedad y de las lesiones en toda su amplia gama y diversidad, como asimismo la promoción y mantenimiento de la salud son sus objetivos primordiales. A éstos se suman, connaturales a ellos, el alivio del dolor y del sufrimiento causados por la enfermedad y las dolencias del ser humano. Estos objetivos se alcanzan con la asistencia y curación de los enfermos y el cuidado de los que no pueden ser curados; así también se cumplen al evitar la muerte prematura o velar por una muerte en paz y dignidad, entendiendo en todo caso que la noción de muerte prematura será siempre relativa a la cultura, conocimiento, destrezas y tecnologías médicas empleadas según los avances en la cronología de la historia. De aquí resulta que los derechos y deberes del médico derivan íntimamente relacionados con su ética profesional.

Por otra parte, se ha expresado que cada acción médica debe evaluarse conforme al problema de salud específico que detenta cada paciente determinado; de esta manera, el acto médico que involucra la intervención de este profesional, en el decir de la norma, debe cumplir "los criterios de relevancia y proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados para obtenerlo"; es la opinión de los especialistas. La vinculación amistosa, esto es, de confianza entre paciente y médico, es factor de gran importancia en su tratamiento, de tal manera que ésta debe entenderse en calidad de deber, de acuerdo en el respeto a los derechos del paciente. Así se observa que en la medida que exista este respeto, aumentará la confianza mutua y se verán reforzados los derechos del paciente, quien aceptará el tratamiento propuesto sin duda alguna con el convencimiento de que dicho profesional lo sanará.

Estos objetivos hoy en día son normas universales que señalan los Códigos de Conducta Médica, la legislación sobre salud y la ética médica; todo ello a fin de garantizar los derechos e intereses del paciente. Lo que no podemos desconocer son las diferencias socioeconómicas que imperan en cada país respecto de la prestación de estos servicios. En todo caso, los profesionales que participan en el acto médico, sin lugar a dudas, están sujetos a ciertos imperativos éticos y legales, debiendo así actuar con diligencia y competencia en la prestación de una cuidadosa atención para con las necesidades de cada paciente, aun cuando no siempre en igual forma y garantías como se quisiera, por dichos factores económicos. Sabemos que no es lo mismo la atención médica en un establecimiento hospitalario público que en otro privado; no lo es tampoco en uno de una gran ciudad que cuenta con todos los adelantos técnicos y científicos que en otro de un lejano pueblo sin éstos. Esta es la realidad que aún no se puede superar en nuestros países sudamericanos.

Tal como lo observa el Código Deontológico Español en su art. 2: **"el respeto a las reglas éticas y principios morales que inspiran la profesión médica debe ser atención primordial de la organización médica colegial"**; agregando en forma lógica: **"que la profesión médica está al servicio del hombre"**. De esta manera, se consagra el concepto eminentemente humanitario que guía el ejercicio de la profesión médica. En esta consecuencia, obvio resulta concluir que ella persigue el respeto a la vida e integridad de la persona humana, como a la salud del individuo y de la colectividad, constituyendo estas conductas los deberes genéricos a los cuales el médico está obligado. Con esto, podremos afirmar sin duda alguna que una actitud contraria a lo señalado no podría ser ética. Dicho postulado lo consagra también el Código de Etica del Colegio Médico de Chile en su declaración de principios, cuando en uno de sus acápite determi-



na como fundamentos básicos del ejercicio profesional del médico: "el respeto a la vida y a la persona humana".

No obstante lo señalado, sabemos que no siempre se puede pretender en ética resolver totalmente los problemas, aunque se pueden buscar razones que justifiquen la toma de decisiones que den luz a la duda y conclusión a la incertidumbre. Difícil, sin llevarlo al extremo de lo imposible, resulta tener certeza absoluta de un diagnóstico en medicina; sí se puede tener una aproximación bioestadística mayoritaria. Pero obtener esa certeza sobre lo biológico y, más aún, sobre lo biológico que infiere o incide en la unidad psicofísica que significa el ser humano, sabemos que no es tarea fácil.

Podemos señalar por tanto que si bien nos enfrentamos a una ciencia que no es exacta, estamos frente a una ciencia positiva con evidencias y datos objetivos, los que no siempre presentan la certidumbre o la certeza que se requiere para el diagnóstico que se pretende. Esta problemática, como vemos, no puede excluir la toma de resoluciones; el caso en discusión existe y por tanto existirá siempre la obligación de tener que tomar una decisión en la práctica. No debe olvidarse en este análisis que este tipo de resoluciones médicas se adoptan dentro de un marco asistencial e incluso legal, que condiciona muchas veces –mayoritariamente– la actuación del facultativo. Se afirma, no sin razón, que en todas las enfermedades hay una zona *border line*, es decir, una zona límite en la cual las cosas no están tan claras y son dudosas, pero donde el profesional de la salud deberá ejercer sus derechos y cumplir las obligaciones que su ejercicio le impone. Esto existe siempre en las ciencias de incertidumbre, y –por qué no decirlo– la ética médica sobre la cual resolveremos es respecto de **"una ciencia de incertidumbre a la búsqueda de unos razonamientos"**; así se ha afirmado. Sólo cabe una conclusión a este respecto, y es que cuando los casos sean conflictivos o dudosos, solo podrán resolverse por una vía: la de la prudencia. Se indica que la ética profesional es distinta y superior a la denominada moralidad común; esto explica que en el transcurso de las últimas décadas se haya polemizado por diferentes autores sobre la opinión de existencia de una ética profesional que sería distinta y específica de la otra ética, que es general para todos los individuos y por tanto de las sociedades que integran. Pero es imposible negar que en la actualidad se advierte un cambio en la percepción y consideración de la comunidad sobre las profesiones en general; en especial, respecto del ejercicio profesional del médico, a quien ya no basta su profesionalidad para consideración y estima, sino que, además, debe demostrar su sapiencia en la aplicación de sus conocimientos. Por tales motivos, se ha manifestado que es necesario tener un nuevo enfoque de la actividad profesional del médico, lo que implica en la fundada opinión de la doctrina: "elaborar nuevas es-

estructuras que enfrenten el paradigma clásico o tradicional en su gestión, al cual estábamos acostumbrados". En este verdadero cambio social que se observa con respecto al profesional en general, ya no valen estados o privilegios atingentes a su situación profesional, lo que se observa como resultado de una especie de desvalorización de su ejercicio. Esto, en la opinión de especialistas, **"es lo peor que le puede pasar a la ética profesional, produciendo o pudiendo forzar a una caída o desmoralización, que quizás sea la característica más significativa de la situación actual en el seno de las llamadas profesiones liberales o profesiones clásicas"**. Según indicábamos anteriormente, el modo de ejercer la medicina ha evolucionado profundamente, con ese cambio –evidentemente– también se han visto afectados los deberes y derechos del médico, derivados del contrato de servicio médico, celebrado entre el médico y su paciente, donde se generan los respectivos derechos y obligaciones para cada una de las partes; esto, sin entrar al análisis del caso extracontractual de carácter excepcional, que trascienda el límite de lo corriente. En esta vinculación contractual, en la actualidad también encontramos la oferta institucional en la atención de salud, prestada por organismos burocratizados que ofrecen el servicio al paciente mediante una organización condicionada y reglamentada por la ley y normativas internas que rigen su génesis y estructura.

En esta amplísima gama de situaciones, podemos distinguir en este contrato de asistencia médica, la generación de deberes y obligaciones que muchas veces son recíprocos entre sus partes, tanto respecto del médico como del paciente; o bien, generados por organismos intermedios que efectúan –en ciertos casos– esta labor de salud. Observamos que la medicina ha ampliado considerablemente su campo de acción científica y metodológica, y así como existen nuevos medios y procedimientos eficaces y perfeccionados para el ataque de la enfermedad y protección de la salud del ser humano, paralelamente se presenta la necesidad ineludible de que los médicos estén en la posesión de un número cada vez mayor de conocimientos y técnicas, los que ordinariamente imponen nuevas obligaciones o agravan y profundizan las ya existentes.

Por otra parte, también se observa que la medicina ha ido convergiendo progresivamente a un proceso de actividad compleja interdependiente, lo que pone al médico en situaciones difíciles de valorar por él mismo en la hora de tomar decisiones, o lo que es más, adoptar la resolución exacta para el papel o gestión que a él le corresponde desempeñar en dicha actividad compartida e interdependiente. Sin embargo, valorando su labor científica, no debemos exacerbar la atención ni estar prestos a reprimir la menor desviación en el ejercicio de su actividad; por el contrario, precisamente en el estudio y análisis fundado de sus obligaciones y derechos, se

encontrará su defensa ante el derecho, el que no debe ser considerado, en el decir de Romeo-Casabona: **“como una máquina rígida e implacable para su represión”**.

Vinculación jurídica en el acto médico

En las diversas teorías recogidas por la doctrina jurídica en relación a la naturaleza del acto médico, se desprenden de cada una de las proyecciones de la actividad médica otras tantas obligaciones, derechos y deberes que derivan o provienen de diversas concepciones de la misma; no obstante su diversidad, ellos tienen su base fundamental en la confianza del paciente hacia el médico tratante, lo que a su vez se basa en el tacto, sentido común y, sobre todo, en la sinceridad de su información. Esta es la piedra angular que rige la buena relación en un recíproco entendimiento que, en su caso, evitará la reacción agresiva del paciente defraudado hacia su médico. En la jurisprudencia comparada del derecho argentino, en una resolución que tipifica y advierte sobre estas responsabilidades, se manifiesta con claridad y precisión: “corresponde exigir al médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo”; continúa: “Se trata de la razonable diligencia que es requerida para todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, tal vez los más preciados, como son la salud y la vida”. ¿Qué mejor síntesis de lo que debe ser la vinculación entre médico y paciente? Queramos o no, la relación médico-paciente en el concepto restrictivo de la relación contractual entre ambos, desde el momento que es pactada, genera entre ellos una vinculación jurídica con derechos y obligaciones, siendo algunos de ellos recíprocos, los que podrán recabarse, impugnarse o reclamarse, según se entienda, al ser infringidos. Sin embargo, dicha relación también puede producirse en situación extracontractual, esto es, sin que medie una vinculación formal previa consentida entre ambos, médico y paciente: “Esto ocurre cuando el paciente es objeto del acto médico”. Aquí el acto médico es ejecutado sin información y/o aceptación o voluntad por parte del paciente, como, por ejemplo, en la atención extraordinaria de emergencia. Pese a ello, aquí también se crea una vinculación jurídica entre ambos participantes en el mismo instante que el profesional acepta tomar bajo su cargo el riesgo que involucra la atención de dicha persona y actúa a su respecto, ya sea proponiendo o ejecutando una estrategia y procedimiento de atención en beneficio de su salud o incluso de su vida. En esto último, no existe el equilibrio entre el riesgo consentido del paciente y la responsabilidad adoptada por el médico; en esta situación –se ha dicho– es el riesgo lo único que cuenta en relación a la vida o salud del paciente atendido, por lo que la responsabilidad del médico –entendemos– sólo deberá quedar limitada a la ejecución del acto

médico ejecutado conforme a su *lex artis* y a los medios que tuvo a su alcance en la oportunidad en que el mismo fue ejecutado.

En la palabra muy autorizada del profesor De Lorenzo: “el fundamento de la limitación se encuentra por tanto en la preferencia en casos límite de la salud colectiva sobre la libertad individual y el supuesto legitimado por razones sanitarias, no de otro tipo, de urgencia o necesidad. Prima aquí entonces el deber ético de atención material y de obligación deontológico”; como corolario, certera resulta también la opinión de Susana Gracia y Eugenio Laborda –distinguidos especialistas en estas materias– cuando señalan que: “la medicina sin riesgo no existe, es ingenuo pensar que por multiplicar las medidas de seguridad pueda algún día llegar a existir”. Es el momento del análisis donde entran en juego el concepto sobre responsabilidad subjetiva y/o responsabilidad objetiva en la culpa del agente médico. Peligroso resulta por tanto que dicha responsabilidad dependa del criterio con que se aplique; ya que no es lo mismo presumir la culpa del hechor causante del daño que se reclama, que tener la obligación de probarla; o peor aún, que el hechor (el médico) tenga la exigencia de exculparse por el daño que produjo, aunque éste sea involuntario y no culposo. Se debe aquí recordar respecto del *onus probandi* –peso de la prueba– aquel principio que ordena como regla de validez indiscutida en el derecho común tradicional: “*incunvit provatio eu qui disit, non qui negat*”. Prueba así el actor los hechos de su pretensión; prueba el demandado (o querellado) aquellos que extingan, impidan o modifiquen de algún modo la responsabilidad que se le imputa.

Existe una nueva conceptualidad para el acto médico; en ella, dicha gestión puede ir encaminada directamente hacia el propio sujeto de la intervención; o bien, producirse en forma indirecta cuando se procura la obtención o promoción de la salud –en general– respecto de la población o de una comunidad. En este sentido, se actúa mediante actos que persiguen efectos terapéuticos, aunque diferentes del propio sujeto enfermo, el que con posterioridad será objeto del tratamiento que se investiga o propone. En líneas generales, podemos decir que en esta relación profesional entre médico y paciente, se crea entre ellos tanto un vínculo de naturaleza científica, como otro de naturaleza patrimonial. Según lo hemos anteriormente definido, el primero, destinado a resguardar, sanar o disminuir enfermedades o ciertos trastornos de la salud psíquica o física del paciente; el segundo es el costo o retribución por dicho empeño profesional. Importante resulta señalar que esta relación directa y bilateral entre médico y paciente, hoy se ve reemplazada, o más bien sustituida, por formas colectivas, indirectas y tripartitas, que imponen las nuevas tecnologías, la utilización de complejos instrumentales y la necesidad de costosas instalaciones para la ejecución de tratamientos adecuados.

Según lo señalamos anteriormente, la doctrina en relación a la naturaleza jurídica del acto médico lo considera ya como producto o consecuencia de un mandato o como convención ad hoc simultánea al referido mandato; también como comisión civil sin representación o un especial contrato de trabajo, con obligación de prestar servicio a cambio de una remuneración o salario; en fin, como un arrendamiento de servicio o por último, como un contrato innominado de servicios médicos que generalmente será contractual y libremente pactado. En cada una de estas proyecciones de la actividad médica, se originan así otras tantas obligaciones, derechos y deberes que, según se dijo, responden a las diversas concepciones del acto médico. No debe olvidarse que este contrato, que preferimos llamar "asistencial o médico", es un contrato personalísimo o *intuitu personae*, cuya base es la confianza del paciente en el médico tratante; es oneroso y conmutativo, con la obligación de dar una cosa que se mira como equivalente a la otra; es consensual, ya que se genera en la convención del médico y el paciente sin formalidades que deban complementar el consentimiento mutuo; asimismo, es continuado, ya que no es de ejecución en tiempo determinado, por lo que también es considerado de "tracto sucesivo". Esto, sin entrar al área de lo que se ha dado en llamar "medicina asociativa" o de grupo, en la que un número de profesionales del área ofrece sus servicios en forma colectiva, dando lugar al nacimiento de centros médicos asistenciales y otras entidades autónomas, con base legal pública, que tienen a su cargo prestaciones de salud; así es el caso de nuestras Isapres. Tal como lo expresó un distinguido decano de medicina: "la profesión médica no escapa a las variaciones que el medio y el tiempo han producido en las normas de conducta en pos del bien común"; sabias palabras que acogen el ámbito deontológico donde se desarrolla en la actualidad la labor médica y que dan origen a los derechos y deberes adscritos a esa actividad.

Derechos y deberes en el ejercicio profesional

El profesional de la salud, y en esta frase involucro a todo profesional que de alguna manera tenga relación con un acto médico o terapéutico, deberá tener en cuenta no solamente los criterios científicos aplicables al caso; sino que, además, debe tener presente también las características de su actuación en cuanto a la relatividad y modificaciones que pudieran afectarla conforme a su naturaleza, medios requeridos y tiempo para su ejecución. No olvidemos que en ciertos casos la práctica médica queda entregada al riesgo de ser objeto de reprochabilidad, aun cuando el agente en su actuación normal y previamente determinada haya observado acuciosamente el condicionamiento normativo que impone los límites y modalidades en su ejecución.

Se observa con preocupación que las reglas éticas y principios morales que guían las profesiones médicas se ven avasallados por el interés –a veces desmedido– del paciente para obtener la indemnización por el daño ocasionado en su ejercicio; esta situación subsume toda otra consideración del orden ético atemorizando al profesional, el que muchas veces opta por no intervenir para librarse de posibles responsabilidades tanto pecuniarias como personales de carácter sancionatorio penal. La consideración en la actualidad de la culpa objetiva, que sólo tiene como fundamento la ejecución del hecho, es decir, del acto médico, en la determinación de esta responsabilidad, origina el mayor riesgo que este concepto jurídico representa para su ejercicio profesional. Así la responsabilidad del profesional sobreviene por el resultado obtenido, sin mediar análisis sobre la idoneidad en su ejercicio, razón por la cual necesariamente el agente deberá, por cualquier medio plausible, disminuir el riesgo que observa y que evaluará previamente a la ejecución del acto médico que deba ejecutar. Será por tanto forzoso discernir previamente sobre la identificación del riesgo que se crea con motivo de la actuación que se pretende por el profesional médico; asimismo, ya identificado éste, desarrollar la estrategia de trabajo que excluya toda posibilidad de daño con el fin de evitar su responsabilidad aun cuando no se consiga el resultado que se persigue. No es difícil observar que de continuar la aplicación en este sentido de estos criterios de interpretación de la norma, el ejercicio profesional en materia de salud se convertirá en un campo minado por la duda que conducirá necesariamente a una inepticia profesional médica, con las consecuencias que son del caso suponer.

El modo de ejercer la medicina ha evolucionado profundamente; con este cambio también se han visto afectados los deberes y derechos del médico, derivados estos generalmente del contrato de servicios médicos celebrado entre médico y paciente; allí es donde aquellos se generan para cada una de las partes. A esto se suma que en la actualidad encontramos la oferta institucional en la atención de salud, pactada por organismos burocratizados que ofrecen el servicio al paciente mediante contratación socializada que reglamenta la ley, con reglamentaciones internas que rigen su atención y estructura. Todo ello complejiza aun más la prestación de salud, donde observamos que ésta ha ido convergiendo progresivamente a un proceso de actividad compleja e interdependiente, lo que pone al médico en situaciones difíciles de valorar por sí mismo en la hora de tomar decisiones; o lo que es más, optar por la resolución exacta que a él le corresponde garantizar en una actividad comparativa e interdependiente.

Así como Simonin señalaba que el perito médico debía actuar con ciencia, conciencia y buen criterio, podríamos afirmar que el médico debe tratar al

paciente con tacto, sentido común y, sobre todo, con sinceridad; allí se configura la buena relación base del recíproco entendimiento; a lo que podríamos agregar, por nuestra experiencia, que resulta ser piedra angular que evita en su caso la reacción agresiva del paciente.

Ciertos deberes del médico, fundamentales en su actividad profesional, como asimismo de otros profesionales de la salud, dicen relación con: la información y el consentimiento; el secreto clínico y la asistencia integral. Los analizaremos someramente.

Deber de información

El deber de información es obligación primordial del médico, de hacer saber al paciente cuál es su estado, diagnóstico de su enfermedad y tratamiento a seguir, como así también los riesgos inherentes y consecuencias de dicho tratamiento. Sin entrar en la especialidad de su estudio, tema que requiere de mayor espacio por su complejidad legal y doctrinaria, solamente señalaré que esta obligación es fundamento indispensable para el consentimiento del paciente en el ejercicio propio de su derecho de disposición sobre su propio cuerpo. De aquí deriva la doctrina que hoy día nadie discute sobre "consentimiento informado" en la gestión médica, y que en la actualidad trasciende a las diversas especialidades médicas con un señalado determinismo en su entrega para cada una de ellas. De esta forma, el facultativo deberá dar –según se infiere– una información simple, aproximativa, inteligible y leal, para que el paciente pueda tomar su decisión comprendiendo perfectamente la situación que lo afecta, lo que implica que bajo ningún respecto y en ningún caso dicha información debe ser deformada o insuficiente. En un somero análisis de lo expuesto, entendemos que dicha información debe estar exenta de complicaciones técnicas, con resultados asequibles a la percepción del paciente y por lo tanto perfectamente comprensible para él. Por último, debe ser por sobre todo sincera en cuanto a la verdad del diagnóstico, ejecución de la intervención, única o no, quirúrgica o de cualquier otra naturaleza, y lo que es más, debe ser manifestada con claridad sobre el tratamiento y posible convalencia. Se equivocan quienes consideran que esto se resuelve con un simple documento, muchas veces un tipo de formulario. Como todo acto jurídico y humano, éste tiene sus limitaciones, de ahí la necesidad de que exista entre los contratantes de este singular contrato, una verdadera *afectio* para que dicho instrumento tenga el valor que se pretende y sea claramente reconocido por el paciente.

En todo caso, la documentación médico-legal que esta aceptación implica servirá con otros tantos documentos de esta naturaleza que deben otor-

garse en esta relación jurídica médico-paciente, para probar que efectivamente se realizó la información y que el consentimiento otorgado por el paciente es genuino y está respaldado por dicho documento. Como ordinariamente se constata, esta información y consentimiento no siempre pueden producirse en el momento oportuno y preciso donde el acto médico deba ocurrir; existen incapacidades de hecho que afectan dicha posibilidad de entrega de información por parte del médico; como también incapacidades de derecho que inhabilitan esa información; como por ejemplo sucede en el caso de un menor de edad o de un anómalo psíquico. Asimismo, existen otras circunstancias ajenas a la gestión del agente médico que imposibilitan el otorgamiento de esta información; me refiero a los casos de urgencia en la atención para salvar la vida del enfermo; o cuando razones de índole moral o de prudencia impiden que el médico emita la totalidad de esa información o parte de ella; por ejemplo, en casos de pacientes terminales o de tratamientos donde aún no se conocen sus resultados definitivos o consecuencias; esto último puede suceder cuando manifestadas estas circunstancias, el paciente insiste en dicho tratamiento porque es el único que resta para salvarle la vida. Estas excepciones constituyen lo que se entiende como "privilegio médico". Tales circunstancias de excepción ocurren casi siempre en estado de urgencia o de peligro en que se encuentra el paciente; o bien, por la incapacidad civil o psíquica en que se encuentra y que le impide comprender lo que se va a realizar en él o a su respecto.

Lo manifestado precedentemente nos lleva obligadamente al análisis del consentimiento que presta el paciente en base a una información fundada, específica y total que el médico en particular o el profesional de la salud en general debe necesariamente otorgar a quien puede transformarse más adelante en el acreedor de lo que considera un daño cometido en contra de su persona. Ricardo de Lorenzo nos señala certeramente: "una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento"; es la procedencia por lo demás en la vinculación jurídica que genera el contrato de servicios médicos debida y legalmente acordado.

La doctrina en el derecho sanitario nos trae a colación que el consentimiento del paciente no estará validado sin la concurrencia de tres requisitos fundamentales, cuales son: "información idónea; libertad de prestación y competencia en su otorgamiento". A este respecto, un primer planteamiento en la creación de la doctrina sobre el riesgo en el acto médico, atingente al profesional de la salud en general, considera la idea que el consentimiento otorgado por el paciente en cada caso conlleva necesariamente de su parte la aceptación del riesgo que involucra el acto médico consentido y del cual acepta ser objeto. De esta manera, y según lo mani-

festado, para la exculpación futura del agente médico no basta la información que necesariamente deberá contemplar el riesgo al cual será sometido el paciente, sino que éste deberá aceptarlo como cuestión integrada al acto médico que se propone; es decir, dentro de la unidad de ejecución cuyo riesgo toma sobre sí el médico a sabiendas de su existencia. Debe recordarse aquí que la información no siempre es recepcionada por el paciente, sea por falta de cultura general, sea por déficit en la educación o, por último, por falta de comprensión o capacidad intelectual del mismo. A esto suele agregarse en ocasiones una mala transferencia en la explicación científica que hace el médico a su paciente, o debido a la complejidad que implica dicha información, la que no es comprendida sea en su contexto, sus consecuencias o su posible resultado.

Pero así como existe el deber de informar del médico en materias propias de su ciencia, como contrapartida de éste, existe el deber de información del paciente al médico, a fin de que proporcione los datos y antecedentes que serán fundamento de una anamnesis idónea y un diagnóstico preciso. Esta obligación del paciente es a su vez un derecho del médico, que puede exigir cuando –obviamente– existan incapacidades de hecho que afecten dicha posibilidad de entrega, o incapacidades de derecho como en el caso de un menor de edad o de un anómalo psíquico. Es el equilibrio que propone el derecho, cuando la obligación para uno se convierte en derecho para el otro, en forma recíproca y estrechamente vinculada.

Deber de secreto

Tal vez una de las obligaciones primordiales y de mayor relevancia del ámbito médico es la de guardar la intimidad o confidencialidad en la relación médico-paciente, lo que denominamos “secreto médico”; esta obligación es tradicional, secular, y podríamos decir que es tan antigua como la ciencia médica, contemplándose en el juramento hipocrático. Es un derecho objetivo del paciente que el profesional está obligado a respetar en forma absoluta. En otras palabras, es la obligación de sigilo que todo médico tiene respecto de los hechos que bajo su dependencia ha conocido en el ejercicio de su profesión y que incluso obliga al personal a cargo del enfermo. Es “aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás, bien sea con la sociedad que nos rodea, con todo el mundo que nos circunda, o bien, con una parte de ese mundo”, según muy acertadamente se ha señalado. Ese secreto abarca todo aquello que el médico llega a conocer del paciente con motivo de su ejercicio profesional y que de alguna manera afecta su intimidad. De ahí también la necesidad ineludible que exista un imperativo legal que permita revelar –transgredir– este secreto y aun esto dentro de justos límites y cumplimiento de requisitos.

Como es sabido, la doctrina ha sustentado dos tesis respecto del secreto profesional médico; una, que lo entiende absoluto, indica la obligación de callar siempre y en todos los casos, como afirmaba Brouardel: "**silencio ahora y siempre**"; otra, lo considera relativo ante una primera opción de infringirlo por el dictamen de la justicia, y en una segunda opción, ante la conciencia del médico. Debemos agregar que surgen diversas dificultades en la aplicación de cada una estas tesis, produciéndose en su aplicación confrontación entre los derechos del paciente y los de la sociedad, representada en estos casos por entes públicos o privados, que también ejercen sus propios y legítimos derechos. En nuestra experiencia y práctica profesional, observamos numerosas excepciones legales a este secreto, que no podríamos denominarlas infracciones, sino que definiríamos como el derecho de la sociedad protectora ante el riesgo mayor de un secreto médico absoluto. En esta controversia, encontramos la sanción penal por violación del secreto profesional que preceptúa el inc. 2° del art. 247 de nuestro Código Penal, en colisión abierta y objetiva con otras disposiciones penales y sanitarias que obligan a los profesionales a trasgredirlo en su ejercicio cuando se da el cumplimiento de requisitos que esas disposiciones legales indican. Así, por ejemplo, en casos de envenenamiento o de otro crimen o simple delito, en el decir de ese Código, como también en los casos de enfermedad transmisible sujeta a declaración obligatoria –hoy especialmente en el caso del SIDA–; en la asistencia de heridos cuando fallezcan con motivo de sus lesiones, etc. En la ley civil, en los casos de inscripción de nacimientos o en ciertos casos de trasplantes de órganos y tejidos.

No sin razón se afirma que la revelación del secreto motivada por objetivos o fines altruistas y beneficiosos a la colectividad, no sólo es aceptable, sino que además podría ser reprochable de no revelarse, toda vez que la intención está inspirada por el interés público y la sana conciencia.

Según se afirma, el secreto médico tiene una doble regulación ética y legal, que por una parte supone la obligación deontológica que rige la actuación del médico en base a un principio de derecho a la confidencialidad y a la intimidad; y por otra, encontramos el deber del secreto, derivado en la relación del médico y el paciente, el cual nace de la relación contractual que los vincula.

Es necesario insistir en este punto, cuando el secreto dice relación con el tratamiento de datos en bases informatizadas de un sector. En dicha "base de datos" se encuentra regularmente la historia clínica del afectado –paciente–, y su objetivo es precisamente conservarla más adelante para proporcionar y facilitar la asistencia sanitaria adecuada a dicha persona. Su conservación y custodia nos parece un derecho del paciente y a la vez un deber de quien la realizó y de la autoridad que dirige el lugar o centro donde se guarda y conserva. Nos parece que todos los implicados en la

asistencia del paciente se deben al secreto, custodia y conservación de esa ficha donde se consigna su historia clínica. No desconocemos los conflictos que pueden suscitarse en la controversia del deber de secreto y la necesidad de conocimiento de la historia clínica de un enfermo; conocemos por experiencia profesional la renuencia de las clínicas o establecimientos hospitalarios o del médico particular a la entrega y conocimiento de la historia clínica de un paciente; esto aun en los casos donde dicha petición es mediante orden de autoridad competente. Sin embargo, concordamos con la opinión generalizada de que el derecho de acceso a este tipo de documento médico debe tener una especial regulación, ya que la información, generalmente facilitada por el médico, no debiera transmitirse si existe riesgo de perjudicar a la persona a quien se refiere, salvo, lógicamente, orden judicial o consentimiento debidamente informado y previamente recabado de esa persona respecto de la cual debe resguardarse su confidencialidad e intimidad. Tiene un gran valor al respecto que el Consejo de Europa haya mostrado su especial preocupación por el manejo de los datos médicos en una Recomendación en la cual –hace varios años– hace resaltar la necesidad de garantizar el carácter confidencial y la seguridad de la información personal almacenada en esos ficheros, velando por que su utilización se realice con arreglo a criterios éticos, según allí se expresó. Esta preocupación ampliamente compartida para la regulación del uso de la informática en estas materias, la cual es indispensable en la vida moderna, ha producido como resultado la creación de reglamentos para las medidas de seguridad informática y de auditoría informática, donde se consignan infracciones y sanciones, plazos de implantación y diversas otras medidas, para obtener el objetivo de seguridad, identificación y autenticación de dichos documentos. Muestra de ello es el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto de 11 de junio de 1999 en Madrid, España.

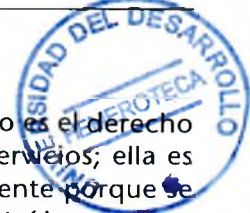
No sólo la utilización de estos documentos médicos, sino también su tiempo de conservación y por último su destrucción, dan lugar a situaciones de difícil resolución, las que deben ser hoy día analizadas en profundidad a fin de no transgredir el secreto profesional y a la vez puedan servir como antecedente fundamental en el pronóstico y tratamiento de los enfermos.

Deber de asistencia

El deber de asistencia, esto es, de prestación del acto médico, es la obligación substancial y connatural al contrato de prestación de servicios médicos; en ella se incluye el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de las enfermedades, tal como lo consigna el Código de Ética del Colegio Médico, que sienta este principio en forma determinante. Siguiendo las definiciones dadas por Demogue y considerando el carácter aleatorio de la medici-

na, la obligación de prestación de servicios médicos es por regla general una obligación de medios, donde el facultativo está obligado a brindar todos los medios apropiados para lograr la curación del paciente, aunque no el compromiso definitivo de lograr un resultado. De esta manera no se obliga a la recuperación en la integridad física del enfermo, como tampoco en ciertos casos extremos podría obligarse a conservar su vida. Sin embargo, jurídicamente cabe plantearse el problema, aunque sea en ciertos casos y respecto de ciertas especialidades, para determinar qué tipo de obligación es la correspondiente a dicha prestación de estos servicios, si una de medios o una de resultados. Excepcionalmente podrá el médico obligarse a obtener un resultado determinado sobre un tratamiento aplicado a un enfermo; esto podría darse en aquellas especialidades cuya finalidad no es la curación directa del paciente, sino que el medio para lograr dicho objetivo, como es el caso de los análisis de laboratorio, radiografías, etc., ya que en especialidades como la cirugía estética aún campean discusiones doctrinarias que impiden llegar a una conclusión definitiva sobre el acto, si es de medios o de resultado. La libertad terapéutica, en el decir del Código Deontológico Español, que tiene el médico para ordenar lo que considera "más apropiado en cada circunstancia a fin de establecer el diagnóstico o terapéutica adecuada", se ve muchas veces forzada ante las varias alternativas que presenta un tratamiento y donde se debe optar para obtener lo óptimo en salud, los menores riesgos y el menor daño al paciente. De aquí nace su responsabilidad, cuando se prueba que existe una desproporción o peor aún un despropósito, al ser injustificada una intervención o equivocado el tratamiento señalado.

Esta obligación de prestación de servicios, que adquiere en nuestra legislación las características del deber de cuidado en el ejercicio profesional, que sin limitaciones lo llevan a respetar bajo toda circunstancia la vida de sus enfermos, se vincula íntimamente con la otra obligación de cumplimiento del enfermo, que no es otra cosa que su colaboración para seguir en forma estricta el tratamiento propuesto por el médico. De igual forma esta obligación del paciente se transforma en un real derecho para el médico, quien podrá exigirla en su caso y hacerla valer como defensa, para impugnar la acción donde se persigue su propia responsabilidad. En esta omisión del paciente, en su incumplimiento, la doctrina habla de una "negligencia cooperante", donde el paciente transgrede las instrucciones recibidas o, peor aún, no las ejecuta o adopta un tratamiento diferente indicado por un tercero. Recordemos con Cumsille, **"que la medicina nace de la acuciosa observación de síntomas y signos, tamizados con alto espíritu ético y apartando todo aquello sobrenatural y no demostrable"**. De ahí también que los avances de esta ciencia, con nuevos descubrimientos y tecnologías, no sólo cambian el quehacer del médico, sino también aquellos factores que inciden o deciden sus deberes y obligaciones.



Consecuencia natural y legítima de la prestación del servicio es el derecho del médico a la justa remuneración o retribución de sus servicios; ella es independiente de los resultados del tratamiento, precisamente porque se considera que su gestión es de medios y no de resultados. Así lo consagra el Código de Ética Médico. Esta obligación del paciente y derecho del médico es de la naturaleza del contrato de servicios médicos, obligación que debe entenderse incorporada en él sin necesidad de cláusulas expresas en su determinación, generalmente será un pacto informal y oral.

La obligación de prestación de servicios conlleva necesariamente al conocimiento del médico respecto de los elementos, procedimientos y postulados normales y actuales de la medicina. Es por lo demás lo que impetra el Código Deontológico al exigir calidad científico-técnica y eficacia en la atención prestada para poder ofrecer los conocimientos correspondientes mediante el equipamiento técnico que el caso requiera. Se trata de dar "la mejor atención posible dentro del criterio clínico suficiente" fuera de los casos de excepción en que se deba enfrentar la única posibilidad terapéutica en esa oportunidad. **Así también el facultativo se encuentra en la obligación ineludible de efectuar todos aquellos tratamientos que la ciencia le señale y que la tecnología le permita;** en otras palabras, jamás debe abandonar al paciente, salvo en aquellos casos en que exista la necesidad de una especialidad diversa a la suya, situación donde deberá tomar todas las medidas para cubrir el espacio que requiera dicha derivación. También aquí puede sobrevenir la responsabilidad por abandono, el que podría producir un agravamiento de la patología del enfermo o incluso su muerte.

No siempre el deber de asistencia puede proporcionarse al paciente en tiempo y oportunidad; así, aun contra la voluntad del médico y obviamente del paciente, cuando el tratamiento o intervención no son posibles por razones ajenas a los participantes en el acto médico, surgen otras responsabilidades y riesgos, debido a lo que se ha denominado la "perversión del sistema sanitario", fuente también de las conocidas "listas de espera", especialmente en los establecimientos donde se proporciona atención pública a los enfermos. No escapa a dicha perversión –entendemos– ningún país del mundo y menos los nuestros de Hispanoamérica. De ahí, se afirma, lo paradójico que significa que estemos empeñados en la protección de la salud del ser humano, sin que aún seamos capaces de crear las condiciones indispensables para hacerla efectiva en tiempo y oportunidad. Es así que de acuerdo a los criterios de asistencia sanitaria que el médico determina simplemente en base a la eficacia de una calificada terapia para el paciente, por causa ajena, no puede intervenir en la selección del enfermo para su asistencia. Este problema se observa más agudo en los casos de cirugía de alta especialidad, de servicios de cuidados intensivos, de pro-

gramas de trasplantes de órganos y de tejidos, etc. Todo ello nos conduce a cualificar la preferencia en base a criterios utilizados de evaluación para elegir al posible candidato a la terapéutica o tratamiento indicado, quedando en juego el grado de urgencia médica, la supervivencia de unos y de otros, la edad del paciente, el orden en la lista de espera, la especialidad médica a tratar, etc., todo lo cual debería encontrarse fuera de exigencia de la responsabilidad médica. Ordinariamente quienes efectúan la selección de los pacientes a estos respectos no tienen con él una vinculación directa, por lo que la angustia moral solamente será del médico tratante o de quienes deben advertirle al enfermo que debe aguardar el tiempo necesario para su intervención o tratamiento. En el extremo opuesto de esta argumentación, se afirma que las referidas listas de espera pueden constituirse en argumento sólido para la petición de recursos por el establecimiento hospitalario que las tiene, cuando son utilizadas según se ha dicho: "como indicadores de insuficiencias de medios técnicos y humanos, lo que a la postre justificará social y políticamente el incremento de las inversiones para el desarrollo de dicho centro hospitalario". De esta manera se premia el déficit, la insuficiencia y, por qué no decirlo –en muchos casos–, la inoperancia y la falta de inteligencia en la administración del centro que así lo requiere.

Finalmente, en esta escueta síntesis de ciertos derechos y deberes de los médicos, y sin entrar a un análisis específico, podemos también enumerar algunos que resultan ser complemento de otros o derivan o son consecuencia de ellos; así podemos mencionar: el deber de derivación del paciente; de interconsulta, de certificación de enfermedad, etc., y respecto de los deberes del paciente: la lealtad en su información, la manifestación de nuevas consultas, el cumplimiento con la institución intermedia de asistencia, etc.

La violación o infracción de estos deberes dará lugar a la responsabilidad del profesional, que se hará patente dentro del determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado. La infracción de sus obligaciones por parte del paciente devengará en la exculpación del médico respecto del daño producido, o en otra área del derecho, la inimputabilidad respecto del acto culposos.

Los derechos y obligaciones en el acto médico han ido variando con el tiempo, de tal forma que el fundamento de la responsabilidad en general resulta ser en definitiva el hecho dañoso, que así ha desplazado al acto ilícito; esto resulta porque existe una creciente preocupación por la víctima, en este caso el paciente, en su aceptación última y general de quien recibe la indemnización por el daño; en otras palabras, es el reemplazo del concepto tradicional del acto ilícito que causa la sanción civil, por el con-

cepto de hecho dañoso que produce una reacción contra el daño injusto, transfiriendo, según lo vimos anteriormente, el peso de la prueba al dañador, que es en este caso el médico. Se trata así de evitar una contratación desigual y desequilibrante, donde por una parte está el profesional equipado con el saber de su ciencia, y por la otra, se encuentra el paciente ignorante de la ciencia, entregado a la sabiduría de su médico, su posible y futuro dañador, según la doctrina de la culpa objetiva, que se abre paso hoy en día en estas materias.

Se asiste a cambios profundos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, donde se puede observar la disputa entre la culpa y el riesgo, en cuanto crean o fundamentan criterios en la imputación de la responsabilidad sanitaria. Estos resultados, porque en nuestras sociedades en general existe una apertura al conocimiento del ordenamiento jurídico que protege al individuo en diversos aspectos de su vida de relación; así donde no existen medios probatorios o es muy difícil probar los hechos productores del daño, se prescinde de la culpa del agente y se acepta directamente la responsabilidad objetiva por el daño causado. Es el concepto de responsabilidad general por el daño causado que contiene el Código Civil español en su artículo 1902 y el Código Civil chileno en su artículo 2314, inspirados ambos en la codificación francesa. Lo que es inobjetable es que el acto médico genera siempre riesgo y el riesgo genera siempre responsabilidad de parte del agente; ahora bien, si bien la responsabilidad debe probarse, el peso de la prueba conforme a uno de estos sistemas recaerá en el acusador o en el acusado indiferentemente según sea la doctrina aplicada por quien deba resolver este asunto. Es el peligro resultante en la pérdida de la objetividad. No es fácil por tanto resolver sobre la responsabilidad del agente médico, ya que, por una parte, se deberá observar la aplicación rígida de la *lex artis* médica conforme a su reglamentación y conocimientos vigentes en la oportunidad del acto médico, como así también se deberá sopesar la entidad y calidad del daño ocasionado con motivo de la ejecución de dicho acto. En ambos casos, deberá discernirse sobre la interpretación jurídica que se dará a estos hechos conforme la petición al resolutor, sin perder de vista –considerándolos- factores de gran importancia como son la oportunidad y los medios con que se contaba al momento de ejecución del acto.

Espero que este somero análisis de algunos de los más importantes deberes y derechos del médico, en el amplio campo del Derecho Sanitario, aún sin entregar un conocimiento profundo sobre estas materias, sirva a lo menos como inspiración e iniciativa para quienes se interesan en la resolución de la compleja problemática que hoy nos propone la medicina moderna.