

RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ACTO QUIRÚRGICO ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASPECTOS PROBATORIOS

DR. FERNANDO GUZMAN MORA, MD

Cirujano Cardiovascular y de Tórax

Fundación Santa Fé de Bogotá

Profesor Titular de Cirugía

Miembro de la Consiliatura

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

CONCEPTO DE "MALAPRÁCTICA"

El término anglosajón "Malpractice" se ha definido como aquel tratamiento malo, erróneo o negligente... que resulta en daño, sufrimiento innecesario o muerte del enfermo, debido a ignorancia, negligencia, impericia, no seguimiento de reglas establecidas o intento criminal doloso.

La historia del Malpractice tiene miles de años. Desde el 4050 A.C., las tablas umeroas de Ur-Nammu, establecen una escala de pagos en caso de lesiones producidas por tratamientos médicos. En 3750 A.C. el famoso Código de Hammurabi, establece castigos que llegan hasta la pena capital cuando se demuestra daño ocasionado por el cirujano de entonces. En 1374 se sienta una de las primeras doctrinas sobre el ejercicio médico anglosajón en la demanda contra el cirujano John Swanlond. El Honorable Juez John Cavendish expresa: "...Si el cirujano hace todo lo que puede y emplea toda su diligencia en la curación, no es justo culpabilizarlo..."

La deficiente prestación del servicio de salud en nuestro medio puede deberse a gran cantidad de causas, siendo las principales: Demora en atención, baja calidad, discriminación por pagos, mala interpretación de la economía en salud, administración de tratamientos inadecuados, error de interpretación clínica y paraclínica, error técnico, etc.

¿QUÉ ES CIRUGÍA?

La CIRUGÍA es la más compleja y estrictamente disciplinada especialidad médica. La OPERACIÓN o procedimiento quirúrgico, acto por medio del cual se interviene sobre un órgano o sistema, produce alteraciones locales y sistémicas. Su ejecución plantea exigencias de habilidad y estrictas condiciones de seguridad. Pero la operación, como elemento sobresaliente en la atención del paciente en un servicio quirúrgico, no es lo único fundamental en el ejercicio de la cirugía. La cirugía comprende, además, en forma integral, el diagnóstico y el cuidado pre y postoperatorio del paciente. Por ello los factores determinantes de una buena práctica quirúrgica van más allá del conocimiento anatómico y de una imprescindible habilidad manual: implican también la aplicación de conocimientos profundos de patología, fisiología, farmacología y biología.

OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN MEDICINA

Desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia ha definido que la actividad médica es obligación de medios. En 1940 expresó:

"...La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste..."

Esto es cierto. El organismo vivo reacciona de manera autónoma y, como tal, tiene su propia dinámica. Por lo tanto, aunque el médico puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El "alea", pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto.

El objeto de la obligación médica no consiste en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación es "la actividad del deudor". El fin de la obligación puede tener como objetivo final el mejor resultado para el paciente, pero ese fin puede alcanzarse o no.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, vuelve a insistir en este punto en 1986, cuando el Magistrado Héctor Gómez Uribe expresa:

"...la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o

descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado..." (Nov. 26 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe).

Esto es de tal magnitud que obliga a replantear conceptos como el considerar a la cirugía plástica como una de las excepciones del ejercicio médico en cuanto a considerarse una obligación de resultado. Esta consideración es absurda. Si se recuerda que la cirugía pudo desarrollarse gracias al sorprendente fenómeno de la cicatrización, y que este mecanismo fisiológico se basa en la actividad de las células de cada individuo, se puede afirmar que la cicatrización es, incluso a nivel ultraestructural, diferente en cada persona. Es imposible ofrecer una garantía de resultado y no de medio en un proceso sobre el cual el cirujano carece de control. En el instante en el que se incide la cubierta cutánea, se dispara el proceso de cicatrización y, desde ese momento, el cirujano pierde el control sobre el resultado final.

LA MEDICINA Y LA CIRUGÍA NO SON ACTIVIDADES PELIGROSAS

El ejercicio de la medicina tampoco constituye una "actividad peligrosa". Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo.

La posición actual del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Abril de 1994, expediente 7973, Magistrado ponente Dr. Julio César Uribe Acosta) es la siguiente.

"...El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de lege ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo..."

CULPA MÉDICA

Por lo anterior, la base de la responsabilidad en medicina es la culpa, la cual se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche y castigo por parte de la sociedad.

En medicina, los causales de culpa son, en esencia, tres: Impericia, negligencia e imprudencia. Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando estas no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente. Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

LA PRUEBA DE LA CULPA

La culpa, probada o presunta, es elemento indispensable para que pueda reclamarse responsabilidad civil.

Pero, según el caso, la carga de la prueba (onus probandi) será distinta: En un contrato que contenga obligaciones de resultado, el incumplimiento genera "responsabilidad objetiva". Así, si el médico no obtiene el resultado prometido, deberá indemnizar. El paciente que demande, debe probar el perjuicio. La culpa del profesional de la medicina y la relación causal se dan por existentes.

En cambio, en las obligaciones contratadas como "de medio", el médico adquiere una "responsabilidad subjetiva" y responderá por los daños y perjuicios si el paciente le prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba de la falta de cuidado, diligencia o previsión está a cargo del paciente.

En general corresponde al acusador probar que el profesional actuó en forma errónea e incurrió en alguna de las causales de culpa. Si se parte de esta base, el médico es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

Las disposiciones especiales de las leyes son, tratándose de responsabilidad civil, las que contienen el mismo Código Civil y el Código de Procedimiento Civil que, al desarrollar el principio de "onus probandi incumbit actori", disponen:

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción el que alega aquéllas o ésta" (C. Civil art. 1757).

"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (Código de Procedimiento Civil, art. 177).

Lo anterior quiere decir que, tratándose de un contrato del que han nacido obligaciones para las partes, la responsabilidad del médico por su inejecución defectuosa se genera si el paciente demandante prueba los tres elementos (Daño, culpa y relación de causalidad entre uno y otra). Al menos esto sucedía anteriormente.

PRESUNCIÓN DE CULPA VS. PRESUNCIÓN DE NEXO CAUSAL

La presunción de culpa, con la cual no estamos de acuerdo, no debe ser presunción de nexo causal. Asumir que siempre que el paciente sufre daños debe buscarse la causa en la actividad del médico, descartando de plano la condición misma del enfermo, las complicaciones inherentes a su enfermedad y muchas otras circunstancias, es asimilar la medicina a actividad peligrosa.

Quiero mencionar el caso de un político famoso y que después fue un entrañable amigo a quien tuve que intervenir de urgencia por una obstrucción en su arteria carótida. Los resultados de esta operación son, en esencia, tres: Mejoría total del problema cerebral, parálisis total de medio cuerpo o muerte. Afortunadamente todo salió bien, pero después le mencionaba a mi paciente una frase que ya se ha hecho famosa en el ámbito médico: "Hay procedimientos médicos que lo único que hacen por el cirujano es llevarlo del anonimato al desprestigio".

De acuerdo con lo anterior: ¿Es de presumirse que el solo contacto del médico con su paciente al aceptar tratar el caso lo hace automáticamente culpable de todas las complicaciones que se presenten? ¿Existe imputabilidad por cualquier daño que se produzca, a pesar de no poderse demostrar culpa?

Esto convertiría la medicina en actividad peligrosa, no solamente en el juzgamiento de las complicaciones del paciente, sino para todo médico que ejerce la profesión.

CARGA DE LA PRUEBA

Los fallos del Consejo de Estado de julio 30 y agosto 24 de 1992 trasladan la carga de la prueba al médico con el objeto de acreditar su desempeño profesional y por consiguiente la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico.

El Consejo de Estado, después de recordar que "Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda", gira en una forma intempestiva al afirmar que es más sencillo probar la diligencia y prudencia del acto médico por el mismo actor que lo ejecuta.

Si bien es cierto que al paciente, por sus condiciones de inconciencia e indefensión, le queda en ocasiones difícil probar la culpa del médico, NO ES MENOS CIERTO que el galeno también le queda difícil (en multitud de circunstancias) probar que actuó con diligencia y cuidado.

Resulta injusto que, si solamente una de las posibilidades en un abanico de muchas causas de daño POSIBLE, es la negligencia médica, cargar al profesional con la presunción de culpa. Por lo tanto, en casos de similar probabilidad probatoria, el juez debe favorecer al acusado. De lo contrario, los médicos deberán pagar por todas las complicaciones posibles, incluyendo la muerte de pacientes de alto riesgo.

Como bien predicen algunos tratadistas: La actividad médica se paralizaría por completo.

Partir rutinariamente de endilgar la carga de la prueba al médico no se compadece con la búsqueda de la verdad real. Es cierto que el médico debe (y de hecho así lo hace siempre) expresar su versión de los hechos y mostrar la diligencia y prudencia con que ha actuado; también es cierto que quien mejor conoce los hechos mediante los cuales se ha producido un daño es el médico tratante. Pero presumir que esta carga probatoria deba siempre recaer sobre el profesional de la salud es injusto y peligroso.

Cierto es que hace algunos años existió la complicidad profesional esta fue una de las causas para obligar a los médicos a expresar su versión de los hechos bajo la presión de la carga probatoria en su contra. Sin embargo, el aliviar dicha carga de los hombros del paciente, dará como resultante una inundación de acciones legales contra los médicos.

En el derecho público la culpa médica se presume y, como bien expresa el profesor Tamayo Jaramillo, también se presume el nexo causal.

La probabilidad de ganar un pleito por responsabilidad civil médica oficial es alta. El Estado paga todos los años, ingentes sumas de dinero como indemnización a pacientes que sufrieron daños. ¿Es esto justo? ¿Qué pasaría con los profesionales si tuvieran, como en otras dependencias estatales, de responder con su propio patrimonio en caso de perder una demanda? ¿Qué sucedería si el Estado persiguiera a su agente productor del daño en caso de perderse una demanda? La respuesta no es sencilla, pero muy seguramente se perderían valiosos elementos humanos que trabajan en el área pública y oficial, se fomentaría una medicina defensiva totalmente aberrante que encarecería los servicios hasta niveles insospechados y los casos de alto riesgo serían rechazados por muchos galenos, tal y como actualmente ocurre en países como los Estados Unidos. De hecho, en este momento, trabajar con el Estado es altamente riesgoso, pues al médico le presumen de entrada culpa y nexo causal.

CRÍTICA A LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El “invertir” la carga de la prueba y presumir la culpa del médico o de la institución asistencial, con el argumento de que al particular le resulta difícil probar la impericia, negligencia o imprudencia del facultativo, es asimilar la responsabilidad médica a la objetiva y dejar a los profesionales de la medicina en condiciones desventajosas.

Alguna jurisprudencia argentina, por ejemplo, es opuesta a semejante posición de la legislación colombiana. En una sentencia de 1976, uno de los magistrados australes expresa:

“...la tesis contraria podría estimular en demasía las demandas malévolas o extorsivas y poner en constante jaque a los facultativos, obligándolos a probar cada momento su diligencia, lo que no es recomendable...”

Autores italianos como Pistolese, también se oponen a dicha posición:

“...Por mucho que valga un médico, no puede trabajar con la seguridad de una máquina y muchas veces aún estando seguro de haber actuado según los dictados de la ciencia, la naturaleza puede traicionar su esperanza sin su culpa...”

Se acepta en todo el derecho internacional que la responsabilidad médica se encuentra comprometida solamente cuando se prueba alguna de las causales de culpa del profesional.

Algunos tratadistas, apoyados en el artículo 1604 del C.C. asumen que en el contrato de servicios médicos, la culpa se presume y, por lo tanto, el galeno debe justificarse probando que actuó con diligencia, prudencia, pericia, cuidado y seguimiento de normas. El punto básico estriba en que el artículo no hace referencia a la prestación de servicios.

En cambio, el artículo 2144 del C.C. expresa que la medicina, carrera que supone un largo estudio, se sujeta (no en forma expresa, pero sí por analogía más cercana), a las reglas del mandato. Esto se refuerza con el artículo 2184 del C.C., en el cual se enfatiza que para que exista responsabilidad se debe probar la culpa.

En el contrato de servicios médicos, el profesional juega en medio de varios elementos aleatorios: No se puede garantizar curación; no se puede garantizar alivio; no se puede garantizar ausencia de daño colateral; ni siquiera se puede garantizar que se conozca perfectamente la enfermedad que aqueja al enfermo.

¿POR QUÉ ES IMPOSIBLE EN MUCHÍSIMOS CASOS DEMOSTRAR DILIGENCIA?

La cirugía ha sido posible gracias a la conjunción de muchos detalles: El conocimiento de la fisiología humana, el desarrollo de nuevas drogas, el

avance de la anestesia, la utilización de infinidad de aparatos y equipo de apoyo y, sobre todo, gracias al proceso de CICATRIZACIÓN y al mecanismo de COAGULACIÓN.

Quiero hacer una mención al mecanismo mismo de la cicatrización, el cual se basa en la actividad de las células de cada individuo. Se puede afirmar que la cicatrización es, incluso a nivel ultraestructural, diferente en cada persona. En el instante en el que se incide la cubierta cutánea, se dispara el proceso de cicatrización y, desde ese momento, el cirujano pierde el control sobre el resultado final. Se carece de control sobre los procesos de epitelización, contracción cicatricial, síntesis de colágeno y matriz fundamental, remodelación del colágeno y modulación del proceso inflamatorio.

Si a esto se suman las características de cada enfermo: Edad, nutrición, deficiencias de algunas sustancias, hormonas, prostaglandinas, uso de fármacos, enfermedades asociadas e incluso variaciones debidas a la misma temperatura, se hace prácticamente impredecible un resultado concreto.

Es por esto que en varias ocasiones el remedio puede llegar a ser causa de enfermedad: ¿Cómo puede asegurar un ginecólogo que ingresa a intervenir un tumor de ovario que la simple manipulación del intestino no producirá en el curso de los siguientes 10 años una obstrucción intestinal que puede matar a su paciente? ¿Qué garantía puede existir de la adecuada llegada de líquidos protectores hasta la última fibra del músculo cardíaco y que por ende no se producirá un infarto mortal en el postoperatorio inmediato, cuando se practica una cirugía de corazón abierto que requiere detener el funcionamiento de la bomba energética del organismo reemplazándola por la máquina de circulación extracorpórea? ¿Cómo se puede prever que una arteria que se destapa con una delgada sonda que arrastra los coágulos enviados en forma aguda a la pierna, no volverá a ocluirse dentro de las siguientes seis horas de efectuado el procedimiento, a pesar de una cirugía exitosa y de un manejo farmacológico adecuado, con pérdida total de circulación y amputación del paciente?

¿O es que un cirujano que intervenga a un paciente y se encuentre con un campo operatorio lleno de dificultades y con su anatomía completamente alterada es tan infalible que no puede romper órganos vitales en la simple disección de la estructura que desea corregir?

En otras especialidades no quirúrgicas la situación es igualmente compleja. Por ejemplo: Cuando un paciente se encuentra bajo tratamiento psiquiátrico y a pesar de eso, transcurridos algunos meses de manejo, comete suicidio: ¿Debe presumirse la culpa del psiquiatra? Hasta esas profundidades no llega nuestro conocimiento en ningún campo de la biología.

Otro ejemplo puede ilustrar la dificultad de probar diligencia y prudencia en actos quirúrgicos complejos. Una paciente ingresó a una institución hospitalaria con cuadro de aborto espontáneo en curso, cuyo tratamiento es el legrado (raspado) uterino de urgencia. Fue atendida por un médico residente de ginecología de segundo año, con amplia experiencia en este tipo de procedimientos, quien la llevó a la sala de cirugía. Al pasar suavemente la cureta por el cuello uterino, sintió que el instrumento se iba en profundidad no acostumbrada, por lo cual suspendió el procedimiento, llamando de inmediato al jefe de residentes de la especialidad, a quien reportó que posiblemente había perforado el útero de la paciente. El jefe de residentes repitió el procedimiento con el fin de confirmar si existía perforación, con idéntico resultado, y le expresó al primer médico que muy posiblemente sí había lesionado la matriz, reclamándole por su falta de cuidado. Por esto, llamaron al especialista de turno, un connotado profesor universitario, quien decidió confirmar la situación por sí mismo, con resultados similares, por lo cual le llamó la atención al residente que practicó el legrado inicial, increpándole su falta de tacto físico al perforar un útero. Decidió entonces llevar a la paciente a cirugía para revisar la lesión y tratarla adecuadamente. Al ingresar a la cavidad abdominal, para sorpresa de todos, encontraron tres perforaciones uterinas, una por cada cirujano.

En este caso concreto, si la paciente fallece a consecuencia de la complicación del legrado: ¿Quién es responsable? Posiblemente TODOS los que intervinieron a la enferma.

LA HISTORIA CLÍNICA COMO PRUEBA

Para los médicos la historia clínica es un documento a través del cual se presenta su propia versión de los hechos, la mayoría de las veces de manera defectuosa por varias razones, siendo la principal la imposibilidad de describir en detalle la exactitud de cada acto médico. En esto se incluyen las descripciones quirúrgicas, que a pesar de su extensión y detalle no pueden mostrar a ciencia cierta y ante el juzgador que se emplearon la diligencia y cuidado que cada caso en el cual se presenta un daño requiere.

Por ejemplo, en la cirugía de vasos coronarios puede describirse hasta 200 pasos quirúrgicos. ¿A cuál de ellos puede atribuirse el daño que sufre un paciente que se complica gravemente?

RES IPSI LOQUITUR

Esta es una teoría que puede resultar peligrosa. Muchísimas veces las cosas NO hablan por sí mismas. Lo que pasa es que no se conocen las filigranas que llevaron a la aparición de un problema.

Un juez puede impresionarse con la llegada de un niño de 12 años que ha sufrido parálisis definitiva de sus dos piernas luego de una operación sobre la arteria aorta en su porción torácica. Sus apoderados demandantes pueden afirmar, con aparente verdad, que el niño entró caminando al hospital y que la operación no tenía nada que ver con la médula espinal, pues se trataba "únicamente" de corregir un problema en la arteria, que se encontraba estrecha.

Pues bien, lo que el juez no sabe en ese momento es que una de las complicaciones de la cirugía de la aorta en el tórax es, precisamente, la paraplejía o parálisis de las dos extremidades inferiores, evento que aunque poco frecuente, puede presentarse a pesar de todas las precauciones (incluyendo medición de la actividad de la médula espinal por medio de una técnica denominada de potenciales evocados), sin importar qué tan experimentado, diligente y prudente sea el cirujano.

Se dice que el juez puede asumir la culpa del médico basado en la evidencia de hechos empíricos que indican que el daño no puede haberse producido por causa diferente a negligencia médica. Esto, a mi modo de ver, contradice flagrantemente la jurisprudencia. Para juzgar la evidencia en forma correcta debe hacerse a través de los ojos del conocimiento, que acercan con más exactitud a la verdad de lo ocurrido. Por ello, no puede darse como probada la culpa de un actor por lo que se cree como EVIDENTE y, además, presumir en forma automática el nexo causal.

Por otro lado, es importante efectuar la distinción entre el daño producido por el tratamiento y las complicaciones ocasionadas por la enfermedad de base, que puede conducir a la muerte, sin que por esto el médico deba ser responsabilizado por dicha muerte, a menos que se demuestre actuación culposa.

¿POR QUÉ LO ANTERIOR? TEORÍA DEL RIESGO

Cualquier tratamiento médico y quirúrgico es potencial causa de daño a la integridad del paciente. Ni la efectiva y humilde aspirina escapa a esta afirmación, pues ella puede producir la activación de una úlcera gástrica que lleva a hemorragia masiva, o puede ocasionar una reacción orgánica letal en algunos niños, que se conoce como el síndrome de Reyé. Su ingesta excesiva es la principal causa de intoxicación en niños, en quienes produce una severa acidosis metabólica.

Ni qué decir de los actos intervencionistas sobre el enfermo. La radioterapia para el cáncer ocasiona con frecuencia lesiones en órganos vecinos al comprometido por el tumor. Los métodos diagnósticos radiológicos que utilizan medios de contraste, pueden ocasionar la muerte en un paciente por reacción alérgica aguda debido a idiosincrasia de la persona. La cirugía, al ser el método terapéutico agresivo por excelencia, puede ocasionar

complicaciones que le son propias y que pueden ser causa de muerte de quien ha sido sometido incluso a intervenciones menores.

En toda consulta, análisis, diagnóstico, opinión, interconsulta, junta médica, investigación, publicación o procedimiento especial, el médico aplica el método científico. Es decir, aquel procedimiento para descubrir las condiciones en que se presentan sucesos específicos, aplicando la lógica a los hechos observados. A través de este mecanismo se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Aunque no lo haga de manera consciente, el médico aplica en forma permanente sus conocimientos de estadística. Juega con leyes de probabilidades, estudia variables, analiza su interdependencia y relación, en fin, convierte el oficio en profesión y el arte en ciencia. Esta es la diferencia con los empíricos.

ASUNCIÓN DE RIESGO

El riesgo lo asume el paciente. En materia extracontractual, el riesgo lo asume quien se beneficia del mismo (en el caso de la medicina el mayor beneficiado es el paciente). En materia contractual, debido al juego del azar en muchas de las intervenciones sobre el organismo humano, la responsabilidad cae dentro de los linderos de las obligaciones de medio, es decir, es necesaria la prueba de la culpa y su nexo causal con el daño.

A manera de ilustración, muchos pacientes son rechazados para cirugía en los hospitales porque su evaluación se encuentra que el riesgo de intervenir conlleva una mortalidad estadística prohibitiva. Sin embargo, dado que existe una posibilidad de aliviar una dolencia a través de tomar dicho riesgo, los pacientes optan por la alternativa de mejorar su calidad de vida o morir en el intento. En este caso: ¿quién asume el riesgo? ¿El médico que sabe que tiene la vida de su paciente en las manos y que lucha contra una condición que se lo está llevando a la tumba? ¿O el paciente, que conoce la alternativa y la toma? En caso de muerte: ¿Cómo hace el médico para demostrar la diligencia? Si sale todo bien, es posible que no ocurra nada más que el agradecimiento de su enfermo (situación gratificante profesional y personal). Pero si el paciente fallece y el médico es demandado por un familiar: ¿No entraría dentro de la esfera de la imprudencia el aceptar un caso extremo? Y si su culpa es presunta: ¿Deberá responder por la muerte de sus pacientes críticos? Y aquí para muchos podría ser claro que el paciente llegó vivo y salió muerto. ¿Aplica estas situaciones el "res ipsa loquitur"?

LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Tampoco compartimos la igualmente criticable posición de crear fondos o esquemas de seguros obligatorios que respalden económicamente a los profesionales que pierdan demandas de responsabilidad civil.

El aumento en el número de demandas, cuando se conoce la existencia de seguros contra terceros no se hace esperar. De hecho, la frecuencia de las mismas en los USA se duplicó en menos de siete años, con su correspondiente reacción: El aumento en la demanda de cobertura aseguradora por parte de los médicos produjo un incremento en los precios de las primas, que se elevaron hasta multiplicarse por un factor de 10 en los 20 años transcurridos entre 1955 y 1976. Y en los años siguientes la cuestión empeoró aún más. Por ejemplo, para un obstetra que ejercía en la Florida en enero de 1980, el costo del seguro se aumentó en casi 400% en enero de 1986.

Los médicos norteamericanos pagaron a las compañías de seguros, solamente en 1987, casi 5.000 millones de dólares (5 billones de pesos, es decir, el doble de lo calculado en la recolección monetaria del nuevo sistema de salud programado por el gobierno colombiano para 1994-1995).

El sistema nacional de salud, por su parte, entregó a pacientes, aseguradoras y re-aseguradoras, la astronómica suma de 30 billones de dólares en 1987, con un costo básico de defensa por responsabilidad civil de 10.000 dólares por cama por cada año.

En nuestro país se intenta dar la imagen de una desesperada tendencia de los médicos a adquirir el seguro de responsabilidad civil, lo cual es completamente falso. Varias agrupaciones científicas se han pronunciado en contra de dichos seguros de responsabilidad médica, pues estaríamos repitiendo la historia de los Estados Unidos, en donde la certeza de poseerlos, constituye una especie de invitación a que la gente presente demandas por cualquier causa y "por oficio", ante la más mínima posibilidad de obtener un beneficio económico.

¿QUÉ HACER ENTONCES?

1.- JUZGAR EL ACTO MÉDICO BAJO LA LENTE DE LA LEX ARTIS

La locución latina Lex Artis, literalmente 'ley del arte' o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

Dentro de la medicina existen actos de distinta complejidad. No es lo mismo un acto diagnóstico que uno quirúrgico. No es lo mismo formular

un analgésico que practicar una transfusión sanguínea. Dentro de esta óptica, en la evaluación del acto médico, deben tenerse en consideración la mayor parte de variables que inciden en la consecución de un resultado, particularmente la complejidad del acto en sí, la gravedad del enfermo sobre quien se ejecuta el acto, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, y la preparación de quien ejerce.

2.- ANALIZAR PERITAZGOS DE PERSONAS REALMENTE CAPACITADAS

La palabra 'perito', del latín peritus, significa docto, práctico, experimentado. En forma general y desde el punto de vista jurídico se considera como la persona que debido a poseer determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos o simplemente prácticos es requerida para dictaminar sobre hechos cuya apreciación no puede ser llevada por cualquiera.

El peritazgo médico es un medio revestido de la forma probatoria legal, que da respuesta a la duda científica requerida, y cuyo pronunciamiento genera inevitable y necesariamente consecuencias jurídicas. Este concepto está en relación al ser humano y a su salud, entendida no solamente bajo el contexto de la definición de la OMS, sino adicionalmente a la condición psicofísica que está al servicio de la vida y la libertad de las personas.

En nuestro país, en nuestra justicia y en materia probatoria cuando los actos médicos tienen carácter pericial, significan que deben ser emitidos cumpliendo los delineamientos que le son generales y aplicables a todas las 'pruebas' y que están contempladas en el Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Los principios universales del peritazgo: objetividad, metodología científica, conocimiento y honestidad son muy discutibles en nuestro medio, en donde figuran como auxiliares de la justicia y peritos, una serie de personas de mala preparación y bajo nivel científico, por decir lo menos.

3.- EXAMINAR LAS MOTIVACIONES QUE LLEVAN A LA DEMANDA

El juez debe ser objetivo ante todo. Por ello, debe estar alerta acerca de las verdaderas causas que llevan a demandar a los médicos, lo cual ha sido estudiado detenidamente en otras latitudes. Estas incluyen: Venganza contra el médico ocasionada por fricciones con el paciente o algún miembro de su familia; evidente atención defectuosa al enfermo; venganza contra el hospital por pago de cuentas elevadas o maltrato por parte de algún funcionario; información incompleta o inadecuada; garantía de un resultado; avidez de obtener beneficios económicos, etc.

4.- ESTUDIAR LOS CONCEPTOS DE LOS COMITÉS HOSPITALARIOS TÉCNICOS Y ÉTICOS

Los comités hospitalarios son de importancia fundamental en la evaluación de las causas que llevaron a la aparición de complicaciones o muerte.

En algunos estudios se ha comprobado que las principales causas de estrés entre los médicos, aparte del ejercicio mismo de su oficio, son: La posibilidad de ser demandado, el maltrato de los pacientes y familiares descontentos y la Auditoría Médica de las instituciones.

Esta auditoría médica, indispensable en toda institución de salud, es probable el juez más implacable que tienen los cirujanos, particularmente por la severidad con que se evalúan las acciones, bajo la dirección de los servicios de anatomía patológica, unidad de garantía de calidad y sección administrativa de cada servicio especializado.

Por lo tanto, pensar en una "conspiración del silencio" en hospitales e instituciones de alto nivel profesional y académico es falso e injusto.