

***CURSO ANUAL DE AUDITORIA MÉDICA,
HOSPITAL ALEMAN.***

DIRECTOR: DR. AGUSTIN ORLANDO

MONOGRAFIA:

***DAÑOS OCASIONADOS POR LA PRESTACION
MEDICO-ASINTENCIAL.-***

***LA ACTUACION DE LOS OPERADORES DEL
“SISTEMA DE SALUD”.-JURISPRUDENCIA.***

AUTOR: DR. NARDELLA, HUMBERTO A.

NOVIEMBRE, 2011-11-15

LA PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS.

INTRODUCCION.

1. DEL “PROFESIONAL LIBERAL DE LA SALUD” AL “PRESTADOR DE SERVICIO MEDICO”.-

En la actualidad la prestación de servicios de salud, se realiza en forma empresarial y masiva, a través de contratos conexos inter empresariales y contratos o actos de adhesión que vinculan a los prestadores y a los tomadores de servicios. Los médicos son solo un eslabón de una vasta cadena compuesta por sujetos a menudo remplazables, y mas que médicos se habla de “sistema de salud” o “sistemas de prestaciones medicas”. Existe una pluralidad de agentes (médicos, que atienden con sultorios, clínicas, obras sociales, empresas de medicina prepaga, empresas de traslados en ambulancias, laboratorios de análisis, etc.) que intervinen en salud de un paciente determinado.

Sin embargo desde el Derecho cuando se aborda el tema se sigue haciendo hincapié en la “relación medico-paciente”, como si fuera el tema nuclear desde el punto de vista jurídico, donde por supuesto, que los médicos y pacientes se siguen vinculando como en el siglo XIX y buena parte del siglo XX.-

Estimamos que la clínica, la medicina privada, o incluso la Obra Social, caen bajo la noción de empresa, como organización instrumental de medios personales materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o beneficios. De manera que cuando hay un incumplimiento contractual o un daño en la esfera aquiliana, en estos casos se juzga el hecho de la empresa, pero esto no excluye, naturalmente, la responsabilidad que refleja constituye el hecho del dependiente(médico).-

La adopción de formas empresariales en la actividad medica con las clínicas medicas, y los sistemas de obras sociales y de medicina prepaga, representan intentos de solución al problema de los altos costos representados por el extraordinario avance tecnológico y científico registrado en el campo de la salud. Se busca de esta forma posibilitar el acceso a la moderna y cara medicina actual mediante una organización que preste sus servicios no ya a un paciente individualmente considerado, sino “a un publico usuario” masificado; también se a dado debido los adelantos tecnológicos y científicos, una proliferación de especialidades medicas, lo que hace que el paciente sea revisado y/o derivado por una pluralidad de profesionales, esto tiene como consecuencias en punto a la responsabilidad civil.

El encarecimiento de los costos de la atención medica, diagnósticos y tramientos, que influyen, sofisticados aparatología (tomógrafos, resonadores magnéticos, equipos de micro o criocirugias, etc.) o nuevos medicamentos, tienen un costo prohibitivo para la mayoría de las personas. La creciente deshumanización de la actividad medica como resultado de lo visto anteriormente, da la paradójica situación, de que, mientras, por un lado el paciente se ve hoy en día beneficiado con el progreso de la ciencia medica, que logra curaciones o alivios impensados hasta hace poco, por el otro es cada vez mas tratado como una cosa, un numero de afiliado, o de cama, o de historia clínica, para la obra social, un fémur fracturado para el traumatólogo, unos pulmones con silicosis, para el neumonologo, etc.. Y menos como un ser humano merecedor de respeto.

La pérdida de la libertad de elección por parte del paciente; en muchos sistemas empresariales de atención medica se impide o limita considerablemente la elección de los profesionales a sus afiliados o asociados. Si estos requirieren atención medica, tendrán que recurrir a los profesionales designados por la clínica, la obra social, o la empresa de medicina prepaga, La acentuada mercantilización de la actividad medica hace que el prestador del servicio medico, es en muchos casos, un empresario persona física o jurídica, que contrata a profesionales o personal auxiliar a fin de brindar el servicio. El empresario, prestador de servicios médicos busca, naturalmente, lucrar con su actividad, pero, en muchos casos, esta búsqueda de le rentabilidad se realiza por medio de procedimientos que conspiran contra la salud de los afiliados o asociados. Esto se da, por ejemplo, cuando se pretende conseguir o aumentar la ganancia mediante la reducción de costos y se despiden médicos y/o personal auxiliar o se eliminan prestaciones o se reducen los días de internacion sin cargo.

Esta visión comercial, en lo peor acepción del termino, que tienen médicos empresarios de la medicina reduce al paciente a una suerte de mercancía ala que hay que sacarle el máximo provecho.

Un neo-paternalismo en la relación medico paciente lleva en muchos casos, al paciente mercancía que se lo trate como un ente pasivo al que se lo atiende en el menor tiempo posible, se lo receta algo y se le brinda el mínimo (o nada) de explicaciones e información.

En ste marco tácito se dan comocon secuencias de deshumanización, restricciones a la libertad de elección y neopaternalismo, donde, se desenvuelve la relación medico-paciente, relación que con mayor

precisión corresponde llamar “prestador de servicios médicos-tomador del servicio medico” o en forma abreviada “relación de servicios médicos”.-

2. SUJETOS DE LA “RELACION DE SERVICIOS MEDICOS”

a) **PRESTADOR DE “SERVICIOS MEDICOS”:** Aquella persona física (medico) o jurídica (sociedad comercial, asociación civil, fundación, Obra Social, etc...) Que se dedica a brindar un servicio consistente en atender la salud de otra persona. Este servicio puede realizarlo directamente o a través de sus dependientes y/o auxiliares autónomos.

En una relación de servicios médicos puede existir y a menudo existen, varios prestadores del servicio medico (el medico tratante, la clínica privada, o a la que pertenece, la empresa de medicina prepaga a la que esta afiliado, el tomador de servicio, etc...)

b) **TOMADOR DEL SERVICIO MEDICO:** Será aquella persona física o jurídica que desee recibir un servicio consistente en la atención de su salud o la de terceros. Entran en esta categoría, aquella persona que quiere atenderse con un medico, como aquel que requiere el servicio para un pariente o amigo, o una sociedad comercial que necesite el servicio de su personal.-

c) **BENEFICIARIO DEL SEVICIO MEDICO:** Será aquella persona física, capaz o incapaz de hecho, que sea destinatario de servicio medico, consistente en la atención de su salud. Las figuras de tomador y beneficiario pueden coincidir en una persona o presentarse divididas. En este ultimo caso, es importante diferenciar los derechos y deberes del tomador, de los derechos y deberes del beneficiario.

Por lo tanto la relación prestador del servicio medico-tomador del servicio medico puede asumir las siguientes modalidades concretas:

1) relación medico (persona)- paciente. Dos personas: prestador- tomador/beneficiario.-

2) relación medico (persona física) – persona física que requiere el servicio de otro. Tres personas: prestador- tomador- beneficiario.-

3) relación medico (persona física) – persona jurídica que requiere el servicio para otro. Tres personas: prestador- tomador (persona jurídica)-beneficiario.-

4) relación entidad de servicios médicos (persona jurídica: clínica, Obra Social, etc...)-paciente. Por lo menos tres personas: prestador (persona jurídica) prestador (persona física, medico)-tomador/beneficiario.-

5) relación entidad de servicio médicos (persona jurídica: clínica, Obra Social, etc.)- persona física que requiere servicio para otro. Por lo menos cuatro personas: prestador (persona jurídica)-prestador (persona física, medico)- tomador (persona física)-beneficiario.-

6) relación entidad de servicios médicos (persona jurídica: clinica, Obra Social, etc.)-persona que requiere servicios para otro. Por lo menos cuatro personas: prestador (persona jurídica)-prestador (persona física, medico)-tomador (persona jurídica)-beneficiario.-

Cuando el prestador a su vez subcontrata el servicio medico con otra persona (auxiliar autónomo de primero) quien se encargara, en los hechos, de atender al paciente. Tendremos allí un prestador “mediático” y un prestador “inmediato”. Piénsese en el caso de un empresario de la medicina prepaga, que para realizar el servicio medico a favor de sus afiliados, contrata un sanatorio que, obviamente, prestara el servicio a través de sus médicos.-

3. DEFINICION DE CONTRATO DE SERVICIOS MEDICOS.-

Tradicionalmente, la función medica esta relacionada con la idea de restaurar la salud o prevenir la perdida de salud., el medico lucha contra la enfermedad, atiende enfermos o previene enfermedades.- No fue hasta el siglo XX que se empezó a difundir otro tipo de intervención médica. Aquí la persona (no cabe hablar de paciente) concurre al medico por quiere. Va al medico porque busca mejorar o modificar

su cuerpo. Por ejemplo, no le gusta como se ve su nariz. No tiene ningún problema respiratorio, pero no le gusta el aspecto de su nariz.-

Siguiendo esta línea de pensamiento, adelantamos dos definiciones que se corresponden a sendos tipos de contrato de servicios médicos:

A) Contrato de servicios médicos terapéuticos o necesarios.-

B) Contrato de servicios médicos no terapéuticos o voluntarios.-

La posición tradicional en la materia es la que entiende que la obligación del prestador de servicios médicos es siempre de medios, por lo que sostienen esta postura podrían compartir la de definición que dimos para el contrato de servicios médicos terapéuticos o necesarios, pero rechazarían la que propusimos del contrato de servicios médicos no terapéuticos o voluntarios.-

La postura tradicional habla de un solo contrato de servicios médicos, donde el médico se compromete a un obrar idóneo o diligente, pero sin garantizar un resultado, sea cual sea el servicio médico que preste.-

Es decir, tradicionalmente, no se hace distinción respecto de si el servicio médico es terapéutico o no terapéutico, pues es parte implícitamente de la base de que siempre el servicio médico es terapéutico. Para esta postura, para decirlo gráficamente, el médico “siempre ejerce el noble arte de curar”.

La postura “moderna”, en cambio considera al médico “no siempre ejerce el noble arte de curar”, sino que en ocasiones realiza actividades de mejoramiento o perfeccionamiento físico y/o psíquico en personas que no presentan ninguna patología ni buscan prevenirla. Estas personas no son pacientes, pues no tienen ningún padecimiento físico, sino clientes, como los que tienen otros profesionales

4. CARACTERÍSTICAS COMUNES A AMBOS CONTRATOS

a) *Informalidad*: rige en esta materia la libertad de formas (Art. 974 C.C) Pero la forma escrita valdrá a los efectos probatorios, dado lo irrisorio del monto fijado en el Art. 1193 C.C. Se considera celebrado una vez que se ha logrado el consentimiento (Art. 1140 C.C) sin necesidad de ninguna conducta posterior.-

b) *Civil o comercial*: cuando el prestador del servicio médico es un médico que se limita a ejercer su profesión, el contrato es civil.-

c) *Generalmente oneroso*: Tanto la variante civil, como la comercial, el contrato de prestaciones médicas se presupone oneroso. Cuando es civil, lo onerosidad se presupone a tenor de lo dispuesto por el Art. 1627 del C.C, referente a la locación de servicios, figura que consideramos de aplicación analógica.-

d) *Conmutativo o Aleatorio*: según el contenido de sus obligaciones. Así será conmutativo cuando las partes pueden conocer, al momento del perfeccionamiento del contrato. Las ventajas y sacrificios que el negocio comportara.-

e) *Destinado a prolongarse en el tiempo*: Todos los contratos de prestaciones médicas tienen ese carácter.-

f) *De colaboración en un objetivo*: también esta característica se da en todos estos contratos. Tanto el prestador como la persona beneficiaria del servicio médico deben colaborar en el objetivo de la atención de la salud de este último.-

g) *Atípico*: Buena parte de la Doctrina ha considerado a este contrato como una especie de locación de servicios o más precisamente una subespecialidad dentro de la especie de la locación de servicios profesionales. Se tratará de un contrato típico.-

h) *Regido fundamentalmente por normas de orden público relativo (orden público a favor del beneficiario)*: Este contrato, la autonomía de la voluntad solo juega a favor del paciente-beneficiario. Es decir, el régimen de derechos y deberes que surge del Código Civil, la Ley 17.132 y la Ley 26.529, no puede ser dejado de lado para perjudicar al paciente.-

i) *Celebrado en desigualdad de condiciones negociables: Esta desigualdad esta dada, en primer lugar, por la diferencia de conocimientos entre las partes.-*

j) *Según quienes sean las partes, de consumo: El Art. 2° de la ley 24.240, excluye del ámbito de la ley de Defensa del Consumidor a los denominados profesionales liberales*

5. PARTES DEL CONTRATO.

Las partes so dos:

a) *Prestador de servicios médicos: aquella persona física o jurídica que se compromete a realizar, por si o por terceros, servicio medico.-*

Cuando se trata de personas físicas que prestan servicios, es requisito indispensable, que están posean el titulo de médicos.-

La profesión medica se encuentra regulada en el ámbito de la Capital Federal, por la Ley 17.132, y su decreto reglamentario N° 6216/67. En las provincias rigen regulaciones propias, como, por ejemplo, la ley 4534, de la Pov. De Buenos Aires.-

Además, el 21 de Octubre de 2009, el Senado dio sanción definitiva a la LEY DE DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLINICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. El 20 de noviembre fue publicada en el Boletín Oficial, luego de su promulgación de hecho, y lleva el número 26.529.-

La nueva norma es de orden público y entro en vigencia a partir de los 90 días de la fecha de su publicación, siendo de aplicación en todo el país. (Art.23).Debía ser reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro los 90 días contados a partir de su publicación (art24), manda legal que aun no fue cumplida .-

En jurisdicción nacional, es autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las juricciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local (Art.22).-

Las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son invitadas “a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia”, prescribe el Art. 22.-

La norma no deroga la Ley 17.132 (Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas) y ambas se aplican en forma complementaria, (recuérdese que la 17.132 es de aplicación en capital Federal) prevaleció la ley 26.529 en lo que fueren incompatibles.-

La Ley sigue muchos de los criterios adoptados po la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en la materia y tal como surge en los fundamentos expuestos por el impulsor de la norma, el Senador Marcelo H. Guinle, tiende a encuadrar al paciente como un consumidor o usuario de servicio de salud, en consonancia con el Art 42 de la CN y la ley 24.240 de Defensa Del Consumidor.-

b) *Tomador del servicio medico: es aquella persona física o jurídica que contrata el servicio medico y, generalmente, se compromete a realizar un pago en dinero como contraprestación.-*

Conviene aclarar que en este caso el tomador no es un representante del beneficiario pues contrata a su nombre y en virtud de su interés legítimo propio.-

Téngase presente que el beneficiario de un contrato puede ser una persona determinada o determinable con postriodidad al día de la celebración del contrato.-

6. NATURALEZA DE RESPONSABILIDAD DE LOS MEDICOS.-

RESPONSABILIDAD LEGAL DEL MÉDICO

El avance técnico durante los últimos cincuenta años ha puesto en guardia a las ciencias sociales y humanistas respecto de la valoración y significado para la persona humana del despliegue científico, cuya inabarcabilidad y rapidez ha puesto a veces en tela de juicio su dimensión benéfica. Esta es una de las razones por las que, en las últimas décadas, se ha tomado conciencia de la importancia de los márgenes y límites de la actividad científica y clínica en relación con el bien común e individual de los miembros de la comunidad. Lo dicho explica en parte importante la hiperinflación legislativa sobre cuestiones tecnológicas de los últimos tiempos (trasplantes de órganos, descodificación del genoma humano, etc.), así como la creciente conciencia de los Tribunales de Justicia a la hora de calibrar jurídicamente la responsabilidad de aquellos profesionales que poseen un conocimiento científico que es

puesto en contacto con la vida cotidiana. Es así como la cuestión de la responsabilidad legal del médico cobra una gran significación en nuestro tiempo.

La responsabilidad legal del médico tiene fundamentalmente dos aspectos: civil y penal. Algunos hablan también de responsabilidad política y administrativa pero en realidad estas dimensiones la tendrán sólo aquellos que pertenezcan a una institución de salud del Estado.

Existen algunas diferencias entre la responsabilidad civil y la penal que conviene señalar en este punto:

- *La responsabilidad civil tiene por objeto reparar el daño desde una perspectiva eminentemente patrimonial, restableciendo el orden de cosas jurídicamente preexistente. La responsabilidad penal, en cambio, tiene por objeto la imposición de una pena al delincuente.*
- *La responsabilidad civil pertenece de un modo directo al ámbito privado (se trata de patrimonios particulares), mientras que la penal se sitúa directamente en el público (el delito penal atenta contra el orden social constituyendo un mal para toda la comunidad).*
- *El número de los delitos o cuasidelitos civiles es indefinido, dependerá simplemente del daño realizado sobre la persona o patrimonio de alguien. Por el contrario, la responsabilidad penal deriva de un numerus clausus de tipos, establecidos expresamente por la ley.*
- *En materia civil se responde generalmente por hechos propios, y por excepción por los ajenos, mientras que en el ámbito penal sólo e invariablemente se responde por los hechos propios.*

Responsabilidad Médica

Ejercicio de la Medicina.

Durante el ejercicio de la Medicina, hay momentos en donde el Médico debe tomar decisiones trascendentales, en especial en las situaciones de vida o muerte de un paciente; en éstas circunstancias el médico no se detiene a preguntarse si lo que se propone realizar pueda entrañar consecuencias legales, puesto que al hacerlo podría convertirse en un letal freno, que en última circunstancia sólo perjudicaría al paciente.

Sin embargo, el médico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables –ética y legalmente-, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen. Aquí podría surgir una duda: ¿Ha extremado realmente los medios adecuados?, ¿Una sospecha puede justificar una denuncia judicial?. Uno de los derechos inherentes al ser humano es el Derecho a la Salud, que con mucha frecuencia se lo confunde con un Derecho a la Curación, pues el paciente cree que el derecho al Tratamiento debe involucrar necesariamente un resultado positivo.

En las actuales circunstancias y ante la proliferación de denuncias por MALPRAXIS ó NEGLIGENCIA, es necesaria una adecuada profilaxis para prevenir un gran número de estas acciones y evitar la tendencia creciente, que le quitará al médico toda voluntad de asumir responsabilidades, impulsándolo a pasarle la "carga" a otro, "para evitar o para salvar la responsabilidad"; pues si las cosas continúan así se contribuirá a desarrollar una "Psicosis de Miedo" y una tendencia a mezclar riesgos legales con riesgos legítimos. ¿Quién puede negar que existan errores que parecen criminales únicamente a los ojos de quien nunca han estado en situación de cometerlos y que por lo tanto no pueden entenderlos?. Esto no implica eludir la responsabilidad sino por el contrario, afirmar que el ejercicio de la medicina significa un riesgo, pero un riesgo que tiene doble presupuesto de sustentación: ético y científico, que protegerán al médico de reclamos temerarios.

La protección Jurídica de la Salud y el respeto a la Dignidad Humana son las coordenadas básicas que regulan las cuestiones comprendidas dentro de la Responsabilidad Médica.

La Organización Mundial de la Salud define la Salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social" y no solamente como la ausencia de enfermedad o de invalidez.

El BIENESTAR implica la adaptación integral del medio físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades. Ambos, Salud y Bienestar deben gozar de la Protección del Estado y del Derecho Peruano.

La Salud es un bien jurídico protegido por el Estado y Derecho Peruano en un doble aspecto:

a.- Como un bien jurídicamente tutelado: En el sentido de que todo daño que se produzca en la salud del individuo será sancionado desde el campo del Derecho Penal y reparado o indemnizado en el plano Civil.

b.- Como valor: Frente al cual el Estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y rehabilitación, en los supuestos que la salud se altere por factores personales, socios ambientales, laborales, etcétera.

La PRAXIS MÉDICA, se fundamenta sobre el conocimiento de las ciencias médicas. El primer aspecto surge de la relación médico – paciente y el segundo se inicia con la Universidad a los que se agrega el Post Grado, labor del Colegio Médico del Perú y de la Sociedad Médica respectiva.

Cuando se violen las normas del adecuado ejercicio profesional queda configurada la MALPRAXIS, la cual se define como la "omisión por parte del Médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da como resultado cierto perjuicio a éste", o también "cuando el médico a través de un acto propio de su actividad, y en relación causal y con culpa produce un daño determinado en la salud de un individuo"; es decir consta de dos partes:

- *El médico deja de cumplir con su deber.*
- *Causa un perjuicio definido al paciente.*

Por tanto, el no ceñirse a las normas establecidas (originando un perjuicio) hace al médico responsable de su conducta y de los daños que ocasiona.

RESPONSABILIDAD MÉDICA

-

- Naturaleza jurídica del acto médico.

Los actos médicos son una especie de los actos humanos, definidos por la profesión del sujeto que los realiza, es decir, un profesional de la medicina.

Pero para que sea considerado un acto médico, éste debe ser realizado en ocasión de ejercer la profesión. Es decir, no puede ser cualquier acto realizado por un médico, sino aquel en que específicamente esté actuando como médico.

- Derechos y obligaciones emergentes.

El médico, como cualquier otro profesional, está obligado a observar todas aquellas reglas o principios que hacen al ejercicio de su especialidad, y comporta el deber fundamental de consagrar a ella todo el estudio y la reflexión que el título profesional supone.

- Responsabilidad médica. Definición.

Para Laccasagne la responsabilidad médica es "la obligación de los médicos de asumir las consecuencias de los hechos originados en el ejercicio de su arte. Según Jiménez de Asua son responsables los médicos que precipitadamente aplican métodos aún no comprobados, o que descuidan por prisa o pereza, las debidas precauciones, o los que ocasionan daño por ignorancia.

En realidad, la responsabilidad médica es una especie dentro de la responsabilidad civil en general, también dada por la naturaleza del autor y el ámbito de aplicación. Es decir, para que haya responsabilidad médica tiene que existir necesariamente un médico que esté obrando en el ejercicio de su profesión.

En este sentido, la responsabilidad emana, como dijimos anteriormente, de un obrar dañoso. Si el obrar dañoso surge de un acto médico, la responsabilidad se denominará médica.

Así, los profesionales de la medicina deberán responder por las consecuencias dañosas derivadas de su actuación profesional.

- **El daño (arts. 1068, 522, 520, 901 y 903 Cod. Civ.).**

Jurídicamente, el término “daño” es todo detrimento, perjuicio, menoscabo patrimonial e incluso no patrimonial (por ejemplo daño moral o daño psicológico) que sufre un individuo.

El Art. 1068 Cod. Civ. lo define: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión o indirectamente por el mal hecho a su persona o facultades.”

Es uno de los elementos que conforman la responsabilidad civil, junto con la antijuridicidad y la culpabilidad.

Para que el daño sea susceptible de reparación debe reunir los siguientes requisitos:

- Debe ser cierto: es decir, debe ser real y efectivo, no puede ser un daño hipotético.
 - Debe ser subsistente: es decir, debe existir, no puede haber desaparecido o desvirtuado.
 - Debe ser propio: es decir, debe ser personal del reclamante, o bien, tener legitimación jurídicamente para reclamarlo.
 - Debe afectar un interés legítimo: o un bien jurídicamente protegido, por ejemplo, la vida o la salud.
 - Debe guardar relación de causalidad con el obrar antijurídico: el daño debe ser consecuencia directa del obrar antijurídico de su autor;
 - Debe ser significativo: debe tener entidad suficiente, es decir, tener cierta importancia jurídica o económica.
- Art. 520 : En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.
 - Art. 522 : En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.
 - Art. 901: Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman consecuencias casuales.
 - Art. 903 : Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.
 - Art. 904 : Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa haya podido preverlas.
 - Art. 905 : Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor de hecho, sino cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.
 - Art. 906 : En ningún caso son imputables las consecuencias remotas que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.

De estos artículos del Cod. Civil surge entonces que el daño resarcible puede ser :

- DAÑO MATERIAL : es el causado en el patrimonio y que puede cuantificarse económicamente, es decir, son susceptibles de valoración económica ;

- DAÑO MORAL: es el causado en el fuero íntimo de las personas y que no tienen valoración económica, sin embargo, los jueces ponen un valor económico para poder repararse.

Quando el hecho dañoso se produce, genera diversas consecuencias, de las cuales el autor del daño debe responder por las consecuencias inmediatas. En algunos casos responderá por las consecuencias mediatas solamente cuando debió preverlas y evitadas, rara vez deberá responder por las consecuencias casuales (solamente en aquellos casos en que el autor del hecho las previó), y nunca por las consecuencias remotas.

.- La culpa (Art. 512 Cod. Civ.). Impericia. Imprudencia. Negligencia. Inobservancia (ejemplos).

La culpabilidad como noción básica en nuestro sistema jurídico instaura el cumplimiento subjetivo de la responsabilidad. Se presenta en dos versiones tradicionales: la culpa y el dolo.

La culpabilidad investiga la relación entre la voluntad del agente productor del daño y su acto. Dicha voluntad es calificada como reprochable cuando el sujeto desea cometer el acto y puede prever sus consecuencias dañosas, eso es dolo. También su conducta es reprochable cuando el sujeto que comete el daño no adopta las medidas necesarias para prevenirlas ni las tiene en mira, esto es la culpa.

La responsabilidad civil es en esencia subjetiva, por lo que la presencia de culpa es generalmente indispensable (hay excepciones a este principio, que ocurren cuando la ley en ciertos casos específicos atribuye responsabilidad objetiva, es decir, sin culpa; por ejemplo, cuando se utilizan cosas riesgosas como los automóviles o los ascensores, sus dueños responden siempre que esas cosas produzcan daño, independientemente de que tengan o no culpa).

La diferencia entre la culpa y el dolo está dada por la intención de querer provocar el daño, aunque ambas conductas en definitiva son reprochables, la culpa se considera de menor gravedad y por esa razón, los delitos culposos tienen menores penas que los dolosos.

El Art. 512 del Código Civil define: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar."

De esta forma, el código define la culpa contractual, pero no la extracontractual.

La culpa proviene de un acto voluntario, realizado con intención, discernimiento y libertad, pero la voluntad del sujeto se refiere a la realización del acto en sí, pero no a la consecuencia nociva. Debe apreciarse en cada hecho en concreto, considerando la índole de la obligación, conjuntamente con las circunstancias personales, temporales y de lugar.

Entonces, se caracteriza por: ausencia de malicia y ausencia de diligencia en el obrar.

Las tres formas clásicas en que se exterioriza la culpa son:

- Negligencia: cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso;
- Imprudencia: el sujeto al obrar precipitadamente no prevé las consecuencias dañosas que produce su conducta;
- Impericia: consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado;
- Inobservancia: de los deberes y reglamentos de un cargo.

En el ámbito de la responsabilidad médica esa "culpa" ha de ser grave e inexcusable. El médico debe contar con los conocimientos necesarios, básicos o sea que debe actuar con pericia. La carencia de esos conocimientos constituye la IMPERICIA.

Se necesita también actuar con moderación, sin excesos, sin temeridad y sin soberbia, es decir con prudencia. El actuar con apresuramiento, sin tomar las previsiones que el caso requiere constituye la IMPRUDENCIA.

NEGLIGENCIA es no hacer lo que se debió hacer, o sea actuar en menos. El médico debe actuar con celo y vigilancia en el cuidado de su enfermo.

Se incurre en INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES Y REGLAMENTOS DE UN CARGO cuando el médico no cumple con la obligación de controlar el cumplimiento de las tareas que le asignó al personal auxiliar y paramédico, en lo que concierne al cuidado y atención de las

pacientes.

En resumen, para que haya responsabilidad médica deben conjugarse los siguientes elementos:

- Acto médico: esta circunstancia es decisiva porque debe tratarse de una acción efectuada como médico cuando en tal carácter asiste a un paciente;
- Elemento subjetivo: este elemento consiste en la demostración de culpa por parte del médico. El carácter distintivo de la culpa es la falta de previsión de las consecuencias del acto por parte de una persona con capacidad de apreciación. El caso contrario sería un accidente excusable. La culpa médica exige la demostración de IMPERICIA, IMPRUDENCIA, NEGLIGENCIA O INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES Y REGLAMENTOS DE UN CARGO.
- Elemento objetivo: Consiste en el perjuicio causado al paciente. Este perjuicio consiste en daño en el cuerpo o en la salud o en la muerte del paciente o sea en la producción de lesiones u homicidio, ambos de carácter culposo. Esta valoración es de carácter penal, habiendo otra valoración civil, de tipo económico, por la cual los damnificados podrán solicitar una reparación económica de acuerdo con el perjuicio producido (indemnización).
- Relación causal: Para que haya responsabilidad -civil o penal- debe quedar bien demostrado que el perjuicio -lesiones o muerte- es la consecuencia DIRECTA del acto profesional.

La demostración del vínculo entre el acto médico y las lesiones o muerte del paciente es la condición imprescindible para que exista responsabilidad. A esta determinación se llega a través de la labor técnica pericial realizados por los profesionales designados por el juez a tal efecto (peritos).

Apreciación de la culpa: Responsabilidad del superior (Art. 902 Cod. Civ.).

Nuestro sistema legal impone que la culpa debe apreciarse en cada caso en particular. Así, son los jueces los encargados de apreciar la culpa atendiendo a las constancias y elementos de juicio que aporten las partes interesadas.

El Art. 902 del Cód. Civ. Dispone: "Cuanto más grande sea el deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos". Se interpreta claramente que la culpa se halla vinculada por el carácter individual del agente en relación al mayor deber de previsibilidad que le impongan las circunstancias en las cuales actúa y también las que lo condicionan.

Así, en el ámbito de la responsabilidad médica, ésta sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de la conducta profesional en orden a la previsibilidad de sus consecuencias.

- Eximentes de la culpa (arts. 514 y 1111 Cod. Civ.). Iatrogenia:

Los eximentes de la culpa son tres:

- Caso fortuito;
- Fuerza mayor;
- Culpa de la víctima o de un tercero.

El caso fortuito y la fuerza mayor están definidos por el Art. 514 Cod. Civ.: "lo que no ha podido preverse a que previsto no ha podido evitarse". Es decir, presume el obrar diligente, pero existen circunstancias extraordinarias imprevisibles o previsibles pero inevitables, por ejemplo un terremoto.

En el campo de la responsabilidad médica, el caso fortuito es conocido como "Iatrogenia". Uno de los primeros en utilizar el término Iatrogenia fue el psiquiatra E. Bleuler quien aplicó dicho término a los "trastornos psíquicos originados o generados en el enfermo por actitudes o explicaciones del médico sobre la afección que padece".

Algunos autores equiparan la iatrogenia con la RESPONSABILIDAD MÉDICA. Para PATITO, José Ángel el término IATROGENIA son los daños emergentes del accionar médico para en el que se actuó con atención y dedicación y cuidado descartándose la malicia, audacia o temeridad. Es decir, que a pesar del resultado no deseado -daño o muerte- si se han cumplido con las normas del obrar médico de acuerdo con el caso, circunstancias de tiempo y lugar, ese resultado, no es

punible penalmente ni resarcible económicamente

Es la lesión o enfermedad que produce el médico no obstante el ejercicio correcto de la profesión, o sea los efectos nocivos en el quehacer médico pero no atribuible a la médica.

Puede definirse a la iatrogenia como las alteraciones sobrevinientes que el médico NO HA PODIDO PREVEER o que previstas NO HAN PODIDO EVITARSE. De este modo la iatrogénica resulta médica y jurídicamente FORTUITA, IMPREVISTA E INEVITABLE, asimilable al hecho fortuito que define el artículo 514 del Cod. Civil.

Las alteraciones que pueden producirse en el organismo a raíz de un hecho médico, pueden ser directas o indirectas; orgánicas o funcionales o temporales a definitivas pudiendo mencionar entre las más frecuentes a las siguientes: reacciones adversas a fármacos, previamente testeados, fracturas del esternón o costales al realizar paro cardíaco externo, úlceras por tratamiento radiante correctamente aplicado, stress por el medio asistencial, cuadros depresivos por lo que el enfermo ve, oye o interpreta de la enfermedad que padece y cicatrices queloides.

La culpa de la víctima es otro factor eximente de la culpa, está definida por el Art. 1111 Cod. Civil: cuando el hecho dañoso obedece a la culpa imputable exclusivamente a la persona que lo sufre. En el campo de la responsabilidad médica, uno de los casos típicos de culpa de la víctima se manifiesta por ejemplo si el paciente no cumple con sus deberes como tal, a saber: respetar el tratamiento farmacológico que le prescribió el profesional; abandonar la medicación; no hacer lo que el médico le prescribió o manifestar oposición a la asistencia clínica.

También es eximente de culpabilidad el hecho de un tercero, entendiéndose por tal a aquella persona que no es el presuntamente autor del daño ni la víctima.

Concepto de dolo, dolo eventual y preterintención.

En el ámbito de la responsabilidad civil, el dolo es la deliberada intención de producir un daño, con plena conciencia de los efectos de su accionar. Es decir, es un acto o una omisión prohibida por la ley, contraria al derecho y que no resulta desconocido por nadie.

En el Cód. Civil está descrito en los arts. 521 y 1072, de acuerdo a que el hecho doloso sea en el ámbito contractual o en el extracontractual.

Para que el hecho doloso además sea un delito, debe estar prevista esta conducta en el Código Penal, por tanto, al estar descripta en ese cuerpo legal, tiene una pena.

Cuando el agente productor del daño tiene conciencia del perjuicio que puede ocasionar y además tiene la voluntad de causarlo, se denomina dolo directo. Cuando el sujeto no tiene la intención de provocar el daño pero actúa representándose (imaginándose, previendo) el resultado dañoso y a pesar de ello sigue con su conducta, se denomina dolo eventual. El ejemplo típico del dolo eventual se da cuando una persona circula a exceso de velocidad, si bien no tiene la intención de atropellar a una persona y causarle daño, sabe que si circula más allá del límite de velocidad, puede cruzarse una persona a la cual inevitablemente va a dañar.

Elementos constitutivos del delito. Bienes jurídicos protegidos (vida y salud).

Violación del deber de cuidado. Responsabilidad penal. Código Penal (arts. 81 y 94).

Para que exista delito, la conducta dolosa o culposa debe además estar específicamente prevista en el Código Penal. Es decir, no cualquier hecho doloso o culposo es delito.

En el Código Penal se describen los denominados “tipos penales” que son conductas que configuran delitos (dolosos o culposos) y para los cuales se prevé una pena, que puede ser privativa de la libertad (reclusión o prisión); privativa del ejercicio de un arte o profesión (inhabilitación); o pecuniaria o económica (multa).

Lo que intenta la norma penal es proteger bienes jurídicos, cuales son: la vida, la libertad, la salud, la honestidad, la propiedad, etc.

En el Art. 34 del Cód. Penal se establecen las condiciones de Imputabilidad o sea la NO PUNIBILIDAD de aquel que cometiere un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño, es lo que se denomina Estado de necesidad.

En el caso de los médicos se da esta situación cuando hay que adoptar una conducta determinada pues de no hacerlo se pondría en riesgo la Vida del paciente. Esa conducta lleva

implícita un mal pero menor al que ha motivado la situación por la cual el médico es llamado a actuar y obviamente a la que es extraño, pues no la ha causado.

Las situaciones más comunes son las siguientes:

- *Esplerrrectamía???? por ruptura de bazo*
- *amputaciones de miembros luego de un accidente;*
- *interrupción del embarazo, o sea aborto, en los casos en que hay riesgo de vida para el feto o la madre (una hemorragia uterina por causas patológicas, es preciso para evitar la muerte de lo madre).*

Los delitos en el ámbito del ejercicio profesional de la medicina son: el aborto criminal, la eutanasia, la ayuda al suicidio y el abandono de persona. Los bienes jurídicos protegidos son entonces la vida y la salud.

Abandono de persona: es un delito contemplado y sancionado en el artículo 106 del código penal en el que se expreso que "el que pusiere en peligro la vida o la salud de otra, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte o una persona incapaz de valerse y a la que debe mantener o cuidar o a la que el misma autor haya Incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de a consecuencia del abandono resultare un daño en el cuerpo a en la salud de la vida. Si ocurriere el muerto, lo pena será de 5 a 15 años de reclusión a prisión.

Es un delito doloso, variando la pena según el daño que puede ser: peligro de vida, grave daño en el cuerpo o en la salud la muerte. Resulta pertinente e ilustrativo el fallo por el que se condenó a un médico por abandono de persona en las siguientes circunstancias:

Un menor presentó una herida por proyectil de arma de fuego en abdomen. Llevado por su padre a un establecimiento asistencial privado, en el mismo se le solicitó un depósito previo de una cantidad de dinero para la realización de una intervención quirúrgica en concepto de gastos y honorarios, tal cual lo establecía el reglamento de la Institución. Al no disponer los familiares de esa cantidad de dinero, el cirujano decidió no Intervenir por lo que los padres debieron buscar una ambulancia y trasladar al menor a un hospital público en donde se lo intervino pero, lamentablemente falleció.

El tribunal expresó que "existió una omisión por la no aplicación del tratamiento que privó a la enferma de una manera cierta... pues las posibilidades de sobrevivir con una intervención más rápida hubieran sido más altas".

El fallo en cuestión resaltó que lo que debe guiar a la actividad profesional por sobre todas las cosas; es algo más elevado que el pago de una remuneración. En casos urgentes y graves el médico está obligado a prestar su oficio, cuando es requerido y en casa negativo surge su responsabilidad civil o penal. El profesional médico en cuyas manos está en ese momento el contribuir a la salvación de un ser humano, debe cumplir ante todo, con su deber profesional y moral afrontando cualquier responsabilidad en que pudiere incurrir frente a las autoridades de la institución por lo violación de una disposición administrativa de tipo utilitaria. (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín, Sala 1, 1979).

En resumen, en el Aspecto penal la conducta médica sancionable debe ser típica o sea que debe estar configurada en el Código Penal. En estos casos las penas recaen sobre las personas. Por eso se dice que este tipo de responsabilidad penal es Subjetiva, debiéndose demostrar la relación directa o NEXO DE CAUSALIDAD entre el accionar médico y el daño, sin lo cual no puede atribuírsele culpa.

Las consecuencias de este accionar pueden ser el daño en el cuerpo o en la salud o la muerte, es decir, LESIONES U HOMICIDIO, ambos de carácter CULPOSO.

Es de señalar que una de las sanciones que se impone en caso de comprobación de este tipo de conducta antijurídica es lo INHABILITACION, lo que en caso de los médicos es particularmente trascendente respecto de la vida profesional.

Los Art. 84 y 91 Cód. Penal tratan respectivamente del HOMICIDIO CULPOSO y las LESIONES CULOSAS:

Artículo 84: Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco o diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión a inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare o otro la muerte. El mínimo del peno se elevará a dos años si fueran más de una las víctimas fatales, o si el

homicidio hubiese sido ocasionado por la: conducción imprudente, negligente, inexperta antirreglamentaria de un vehículo automotor.

Artículo 91: Se impondrá prisión de un mes a tres años a multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriere alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84 el mínimo de pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos o inhabilitación especial por dieciocho meses.

En el Aspecto civil el médico también es responsable pero aquí, de comprobarse la culpa, el resarcimiento es económico. En algunos casos el médico puede ser sobreseído en un juicio penal pero condenado en sede civil a resarcir el daño causado. En este ámbito muchas veces la demanda se entabla contra el médico y las instituciones en las que se desempeñó profesionalmente siendo solidariamente responsables. El resarcimiento civil surge de la comprobación que existe entre el agente y el resultado dañoso producido independientemente de si el médico obró con impericia, negligencia o imprudencia.

En este aspecto rigen entonces los artículos 1113, 902 y 512 del Código Civil

El artículo 1113 Cod. Civil establece en forma genérica la responsabilidad por el hecho de los dependientes: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que estén bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado". En estos casos el médico responde por el obrar culposo o doloso de quienes se encuentran a su cargo. Es un caso de responsabilidad objetiva o sin culpa, pues la culpa es del dependiente, no del médico, pero la ley le obliga a responder por sus actos.

La prueba:

La carga de la prueba cambia según la responsabilidad sea contractual o extracontractual. Cuando la responsabilidad es extracontractual, incumbe a la víctima probar la culpa del agente causante del hecho ilícito. En tanto en el ámbito contractual se presume la culpa del deudor frente al incumplimiento.

En el campo de la responsabilidad médica, en cambio, la mala praxis debe ser probada por la víctima, a pesar de que en principio la responsabilidad del médico es contractual. En este aspecto, entonces, se invierte la carga probatoria. La inversión de la carga de la prueba radica en que la obligación del médico es de medios, y no de resultado.

La tendencia más moderna judicial actual es el principio de la carga dinámica de la prueba, quiere decir que ambas partes están obligadas a probar las circunstancias de hecho que afirma y los presupuestos que invoca, pues es muy difícil para la víctima probar la existencia de culpa del médico, aunque puede probarse por presunciones y el profesional, a su vez, deberá demostrar que actuó como debía actuar según las reglas de su profesión en el caso en particular.

Es de vital importancia la prueba constituida por la historia clínica, pues le juez evaluará si la misma está completa, si se han indicado los estudios a realizar, si el diagnóstico ha sido el correcto. También es importante la prueba de peritos médicos, pues es un profesional de la medicina el que informará al juez en el caso particular si el médico demandado cumplió con las reglas de su profesión, de acuerdo a lo que exige el Art. 902 Cod. Civ.

En cambio, el dolo debe probarse fehacientemente y sin dudas, lo que quiere decir, que no se admiten presunciones. La carga probatoria incumbe a la víctima.

En resumen: No puede imputarse al médico las consecuencias perjudiciales que sufre un paciente, si no se determina la existencia del respectivo nexo causal.

Por aplicación de las reglas generales de la causalidad, una causa mediata sería suficiente, si la culpa del médico permitiese prever la consecuencia perjudicial, de la cual aquella fuese condición necesaria. Por ejemplo, si por falta de vigilancia, un enfermo bajo tratamiento con motivo de perturbaciones psíquicas se fuga y sufre un accidente, la responsabilidad del médico que lo atendía quedaría comprometida.

Le corresponde al damnificado probar la relación de causalidad entre la culpa médica y el perjuicio que se invoca. Esta prueba puede resultar de presunciones. Por ejemplo, si una enfermedad que normalmente cura, determina la muerte del enfermo habiéndose incurrido en una negligencia grave por parte del médico en el curso del tratamiento.

En muchos casos se puede establecer con certidumbre la relación causal por actos positivos del médico que perjudican la salud del paciente, provocan daños corporales o determinan

su muerte. Pero también puede establecerse la relación de causalidad por las omisiones médicas que impiden la curación. Así la no aplicación del tratamiento adecuado, debido a un error de diagnóstico, priva al paciente de manera cierta de una posibilidad de curación con la cual éste tenía normalmente derecho a contar.

Casos de responsabilidad médica. Responsabilidad de las instituciones.

Responsabilidad de los equipos médicos:

La responsabilidad del médico debe apreciarse con criterio casuístico, según las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, es conveniente analizar separadamente los supuestos de actuación profesional del médico en la medicina curativa y la cirugía reparadora por un lado y en la cirugía estética, por otro. Por ello trataremos en primer lugar los deberes profesionales del médico en general, y la consiguiente responsabilidad por su violación, y luego las cuestiones a que da lugar la cirugía estética.

a) Advertencia al enfermo: El médico tiene el deber de advertir al enfermo los riesgos por el tratamiento recomendado o por la intervención quirúrgica aconsejable. Este deber, sin embargo, no alcanza a las intervenciones u operaciones sin mayor trascendencia; máxime cuando la terapéutica de que se trata, no comporta poner en peligro la vida del paciente.

Si la operación representa riesgos poco frecuentes, ello justifica una advertencia especial al paciente y tanto más si se trata de una operación de cirugía estética.

El deber de advertir al enfermo los riesgos de una operación o del tratamiento aconsejado, determina para el médico dos dificultades: la primera proviene de la ignorancia técnica del enfermo, la segunda de su estado moral. Con respecto a la primera se reconoce que es inútil suministrar al enfermo detalles técnicos y que el médico no está obligado a ello. En cuanto a la segunda, es recomendable que el médico adopte las precauciones que requiere el estado psíquico del cliente.

Sin embargo no debe subestimarse el derecho del enfermo de saber su estado de salud y el pronóstico del mismo. En todo caso, si las necesidades psíquicas impiden instruirlo completamente, el médico debe decir toda la verdad a los miembros de la familia que sean más próximos o ejerzan autoridad sobre el enfermo.

El médico no debe mentir al enfermo ni disimular el resultado de los análisis o biopsias a fin de recomendarle el tratamiento o intervención adecuados". En cambio, no está obligado a revelarle todos los riesgos previsibles de la intervención si el estado del paciente no lo hace aconsejable.

b) Consentimiento: En principio, el médico no debe emprender ningún tratamiento ni ninguna intervención sin haber obtenido el consentimiento del enfermo.

El Decreto-ley 6216/44 sobre ejercicio de la medicina obliga a los médicos a solicitar la autorización del enfermo, que podrá ser exigida por escrito cuando deba efectuar una operación mutilante (amputación, castración, etc.) con la sola excepción de los casos en que la gravedad del estado requiera la inmediata intervención para salvar la vida. En estos casos se consultará con el miembro de la familia más allegado, en su defecto, del representante legal, pudiendo en última instancia actuar bajo su responsabilidad exclusiva (Art. 18, Inc. h).

El reconocimiento de la existencia de un contrato medical es importante pues la medicina humanista reposa sobre la idea de contrato: es así que, en principio, el cuerpo del enfermo no puede ser tocado por el médico, sino con el consentimiento del paciente, si éste es mayor de edad y no está privado de la razón.

El consentimiento del paciente es fundamental para que el médico pueda actuar ya sea interviniendo quirúrgicamente o sometiendo al enfermo a un tratamiento. La vida, la salud, la integridad física son bienes personales que la ley protege no sólo en mira de intereses individuales sino también generales. Por ello el consentimiento del paciente no sería suficiente para privarlo de la vida (eutanasia). En cambio el consentimiento sería válido para una intervención quirúrgica mutilante aún cuando pusiera en grave riesgo su vida, según los fines que movieran el acto, esto es recuperación de la salud, conservación de la vida o propósitos altruistas de solidaridad.

Si el paciente niega su consentimiento el médico no puede intervenir, bien entendido que se trate de un enfermo que conserva el dominio de su voluntad y que ha sido cabalmente informado de la índole de la operación y sus secuelas. Sin embargo se ha admitido en supuestos de tratamientos médicos y transfusiones sanguíneas con fines terapéuticos que siendo segura la terapia, si no ocasiona mayores molestias o dolores y, fundamentalmente, si resulta imprescindible para prolongar

la vida y conservar la salud, cabe su imposición a la persona aún contra la voluntad de la misma.

El médico debe intentar persuadir al enfermo sobre el tratamiento o la intervención aconsejables. En caso de fracasar en sus esfuerzos persuasivos, no puede hacer otra cosa que negar su ministerio, salvo que por ello el enfermo quede abandonado.

Si el estado del paciente no permite explicarle su situación y obtener su consentimiento, el médico debe recabarlos de sus parientes más próximos.

Si la urgencia del caso no permite obtener el consentimiento necesario, el médico debe prestar la asistencia que corresponda aún sin esa conformidad. La cuestión se presenta con bastante frecuencia cuando el cirujano descubre en el curso de una operación una lesión más grave que la que había diagnosticado o distinta. Si la intervención no es de urgencia debe suspender el acto operatorio para obtener previamente el consentimiento. De otro modo debe proceder de acuerdo al dictado de su conciencia profesional.

El médico no puede tampoco arriesgar un tratamiento que pueda originar un daño gravísimo al paciente y menos aún cuando no se cuenta con su autorización.

c) Diagnóstico: El error de diagnóstico responsabiliza al médico por los daños que sufre el paciente como consecuencia de haber seguido por ello un tratamiento inadecuado, o haberse sometido a una intervención quirúrgica innecesaria, o no haberse atendido debidamente. Desde luego que el error debe ser grave e inexcusable.

No responde el médico por un error de diagnóstico, cuando se trata de una materia ajena a su especialidad, y ha actuado fuera del terreno al que había podido limitar sin negligencia.

d) Tratamiento: igualmente el médico es responsable en el caso de haber aconsejado un tratamiento equivocado por error grave e inexcusable.

En cambio no responde el médico en cuanto al método de curación prescripto si se trata de uno de los sistemas aceptables, pues el criterio dominante en esta materia es que el profesional sólo debe poner en juego el caudal de preparación que el título acredita, salvo casos de negligencia grave, ignorancia inexcusable o falta grosera.

Así el médico actúa. En su conducta profesional, eligiendo el método más adecuado para obtener el éxito de su tarea; su diligencia o culpa debe ser merituada con toda ponderación. Por lo tanto, si el médico actuó poniendo su celo profesional, el fracaso del método elegido no puede serle imputable.

Siempre que estén divididas las opiniones científicas respecto de cierto problema de medicina, el juez no puede tomar partido en esas controversias, y, por lo tanto debe ser rechazada la responsabilidad profesional.

En cambio incurre en responsabilidad el médico que aplicó un tratamiento de radioterapia para curar una afección en el rostro que dejó ciega a la paciente, por no tomar las precauciones indicadas. Lo mismo es responsable el médico que en un hospital produjo lesiones a un paciente a causa de una excesiva exposición a la acción de los rayos X. También se ha declarado la responsabilidad del médico que causó daño a un paciente por haberse equivocado en la clasificación del grupo sanguíneo al que pertenecía aquél.

El hecho de que el paciente abandone la atención médica consultando a otros profesionales, exime de responsabilidad al médico. Pero el médico no debe abandonar al enfermo en el curso del tratamiento.

Si bien el médico es elegido por el enfermo "intuitu personae" (personal), se admite que pueda ser reemplazado, bajo su responsabilidad durante el tratamiento, por otro colega elegido por aquél.

e) Intervención quirúrgica: La actividad profesional del cirujano presenta aspectos particulares cuando se trata de intervenciones quirúrgicas.

En principio el cirujano que se equivoca no es responsable, si no incurre en algún grave error no tolerable o en alguna falta inexcusable en las personas que se dedican al mismo oficio.

En la jurisprudencia francesa se han considerado casos de responsabilidad médica los supuestos en que un cirujano abandona una compresa o un instrumento quirúrgico en el cuerpo de un paciente, o que pierde en la zona operatoria una punta de aguja rota en el curso de una operación. En todo caso el cirujano incurre en culpa al no adoptar las medidas susceptibles de permitirle advertir que no ha sido retirado algún cuerpo extraño, o al operar el lado derecho del enfermo cuando es el izquierdo el que requiere operación.

También es responsable por los daños que causa el cirujano por su culpa en

la ejecución de actos anexos a la intervención misma. Se ha declarado que el cirujano tiene a su cargo en relación a dichos actos, una obligación de medios o de prudencia y diligencia como en el acto quirúrgico mismo acto médico requiere, en su concepción y ejecución. Conocimientos cada vez más profundos y una mayor especialización. Además los avances de la ciencia imponen la necesidad de estructuras y el ejercicio cada vez más sofisticadas. Todo ello conduce a que la prestación individual clásica de la asistencia médica se sustituya actualmente por prestaciones colectivas que configuran dos formas de pluriparticipación profesional:

1) Prestaciones en equipo: La prestación profesional en equipo se advierte particularmente en las intervenciones quirúrgicas. Generalmente intervienen además del cirujano, un anestesista, un biólogo, un radiólogo, un anatomopatólogo y otros auxiliares del acto quirúrgico. La primera cuestión a considerar a los efectos de establecer responsabilidades por resultados dañosos para el paciente, es si éste ha contratado individualmente con cada especialista o lo ha hecho con el jefe del equipo quien a su vez ha elegido sus colaboradores. En éste último supuesto también la responsabilidad es contractual pues el médico ha estipulado con sus auxiliares la prestación del servicio a favor de un tercero o sea el paciente (Art. 504, Cód. Civil). En el primer caso la responsabilidad es individual de cada miembro del equipo por las culpas en que incurrieren ellos mismos, salvo la responsabilidad personal concurrente del jefe del equipo en cuanto a error o impericia en las instrucciones dadas o a falta de vigilancia. En el segundo caso también existiría responsabilidad individual de cada miembro del equipo teniendo en cuenta que cada uno de ellos actúa con autonomía científica y profesional según sus conocimientos, experiencia y habilidad en el ámbito de la intervención en que le toca actuar. Esto último sin perjuicio también de la responsabilidad refleja del jefe de equipo solamente si se prueba culpa en la elección de los colaboradores o por instrucciones equivocadas o ineficientes o falta de vigilancia por parte del cirujano.

Si no pudiere individualizarse dentro del equipo a quien por su culpa o negligencia causó el daño, debe considerarse la responsabilidad del grupo que contrató separadamente, presumiéndose la culpa de todos salvo prueba en contrario. Si el paciente hubiese contraído con el cirujano jefe, la responsabilidad en igual caso es de éste por la obligación contractual asumida con motivo del acto quirúrgico, sin perjuicio de la acción recursoria contra quien en definitiva resultare responsable.

2) Profesiones separadas pero simultáneas: Si hubiese intervención de médicos que no forman equipo pero atienden en común aunque separadamente cada uno en su especialidad a un mismo paciente, la responsabilidad será individual si puede probarse la causa del daño. Si no fuere posible determinar el origen de la atención médica perjudicial la responsabilidad es colectiva, o sea de todos. A menos que se pruebe quién ha sido el causante o se excluya a quien pruebe que no lo ha sido, destruyéndose de tal modo la presunción de culpa común.

f) Prestación médica en establecimientos asistenciales: Cuando un paciente es atendido en establecimientos asistenciales públicos o privados hay una coexistencia de actos de carácter hospitalario o para medicales y de actos medicales propiamente dichos. Los primeros consistirán en alojamiento, alimentación, transporte en el interior de la clínica, que se regirán por el contrato de hotelería y hospedaje, o bien un contrato innominado de prestación de cuidados de enfermería, provisión de medicamentos e instrumental médico. Ellos no suscitan problemas de responsabilidad médica. En cambio no sucede lo mismo en los actos medicales propiamente dichos. En este caso el contrato que existe entre el profesional que Integra el cuerpo médico de la clínica y esta última constituye una estipulación en favor de tercero (Art. 504, Cód. Civil) o sea del paciente que requiere asistencia y/o internación en el establecimiento sanatorial.

Si bien el paciente tiene una acción directa contra el médico en caso de incumplimiento de su obligación nacida de aquélla estipulación a su favor, tiene también una acción directa en el mismo caso contra la entidad estipulante en razón del contrato de asistencia pasado entre ellos. Esta responsabilidad del establecimiento asistencial no se rige por los principios de la responsabilidad por el hecho de sus dependientes (Art. 1113, Cód. Civil), pues la dependencia se configura por las órdenes o instrucciones que aquél imparte a éstos en la función que les delega o encomienda. Si bien puede existir un contrato con relación de dependencia entre el médico y el sanatorio, no puede juzgarse al médico dependiente de éste en cuanto al ejercicio de su actividad profesional cuya independencia científica y técnica.

g) El recurso de amparo: Muchas veces, en lo práctica profesional, pueden darse situaciones conflictivas de difícil resolución. Una de ellas es, sin duda, la negativa de algunos pacientes a recibir una transfusión sanguínea, fundamentada en razones de índole religioso. Nuestra legislación, respetuosa de las libertades individuales, garantiza el derecho de los pacientes o la

autodeterminación a través del artículo 14 de la Constitución Nacional, por el que se consagra la libertad de conciencia, y por la ley de ejercicio de la medicina, que establece que los médicos están "obligados a respetar la negativa del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. Por ello, estando el paciente lúcido y con juicio crítico conservarlo debe respetarse su voluntad en cuanto su negativa a aceptar las indicaciones terapéuticas e internarse.

En caso de dudas tal como podría plantearse con los menores en que y en embarazadas, la forma de dejar a salvo la responsabilidad profesional es a través del denominado recurso de amparo, sobre el cual a petición del médico deberá expedirse el juez civil.

15.- Los juicios por mala práctica médica. Sus orígenes:

El origen de los juicios por responsabilidad médica es múltiple:

- precarización de la atención por falta de recursos o su mala distribución;
- complejidad de las nuevas terapias que carecen de una adecuada regulación jurídica;
- la innovación tecnológica;
- la masificación de la profesión médica;
- la importancia cada vez mayor de las empresas de medicina prepaga y de las obras sociales;
- la mayor difusión de los temas de salud en forma no controlada y la información cada día más acentuada y a veces distorsionada de los derechos de los pacientes explotada por los que hacen de los juicios de la mala praxis una verdadera "industria".

El médico, en su tarea profesional, debe extremar los recaudos para no verse involucrado en una demanda judicial actuando con pericia, diligencia y prudencia. No obstante ello, según Patito, en todo juicio de mala praxis subyace como elemento latente hasta el momento de la promoción de la demanda, una mala relación médica-paciente. Por ello, las escuelas de medicina deberían incrementar la enseñanza en este tema, cada día de mayor trascendencia en la actividad médica.

Hasta hace pocos años, el rol preponderante del médico, en el momento de tomar decisiones, no merecía cuestionamientos. Hoy no es así, pues al influjo de los postulados de la Bioética la relación médico-paciente en cierto modo, se ha horizontalizado, dejando de ser paternal y verticalista, en la cual médico y paciente no son iguales en cuanto al saber pero si son iguales en cuanto al decidir.

A través de estos cambios, la relación médico-paciente se ha enriquecido reafirmando el carácter humanista de la ciencia médica. Simultáneamente con esta transformación, la medicina experimentó interferencias desfavorables siendo una de las más notorias la problemática de los juicios por responsabilidad profesional.

En los últimos años se ha incrementado la cantidad de demandas civiles y penales y sea cual fuere su resultado, dejan en el médico una secuela que se ha denominado "síndrome judicial" que se define como el "conjunto de signos y síntomas que presentan aquellos profesionales de la salud que se hallan sometidos a un proceso judicial".

Prevención de la mala práctica médica:

En 1995 se realizó la Jornada Universitaria sobre mala praxis médica en la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, llegándose a veinte conclusiones que resultan de utilidad tener en cuenta para la prevención:

1. promover por medio de la educación y la modificación de las condiciones la atención médica una mejor relación del profesional con el paciente y su núcleo familiar.
2. normatizar y supervisar la redacción de la historia clínica para facilitar su lectura y comprensión.
3. normatizar los protocolos de consentimiento informado para los procedimientos de diagnóstico y tratamiento potencialmente nesgases?????. Promover el suministro de información continua y correcta sobre el proceso de la enfermedad.
4. realizar auditoría de gestión en las instituciones asistencia para evaluar las condiciones del trabajo profesional y la calidad de la atención médica garantizando a las módicas pautas mínimas que le permitan desarrollar diariamente su actividad.
5. promover la creación de Comités de Responsabilidad Profesional en las instituciones asistenciales públicas y privadas con fines educativos, normativos y de asesoramiento médico y

- jurídico a los profesionales.
6. *promover la creación en los establecimientos asistenciales de Tribunales de Ética que evalúen la incentivación de las demandas por parte de médicos o personal paramédico.*
 7. *enfaticar en la enseñanza de pregrado en temas referentes a la responsabilidad profesional.*
 8. *solicitar que se limite el beneficio de litigar sin gastos por medio de una rigurosa y exhaustiva investigación de los medios económicos del demandante.*
 9. *solicitar que el profesional declarado inocente sea eximido de abonar las costas del juicio. Aclaramos en este punto que rige en materia de derecho procesal que abona las costas quien resulta vencido en el juicio. En caso de que el profesional médico resulte inocente, obviamente no será condenado a pagar las costas. Sin embargo, los peritos intervinientes en un juicio pueden reclamar a la parte no condenada en costas si el vencido es insolvente. En este caso, los médicos están en igualdad de condiciones que cualquier ciudadano que resulta vencedor en un juicio y es pasible de responder solidariamente por los honorarios de peritos, aún habiendo ganado el juicio.*
 10. *promover la creación de un baremo de daños tarifado, homologado al laboral.*
 11. *promover la creación de consejos integrados por profesionales de reconocida trayectoria académica y asistencial para evaluar las demandas por mala praxis y eventualmente actuar como tribunales de mediación. En realidad esta conclusión debió decir “Tribunales de Arbitraje”, pues la mediación previa es obligatoria en Capital Federal en sede civil para los juicios de mala praxis médica, instancia a la que deberán concurrir las partes antes de promover la demanda judicial.*
 12. *solicitar que en las causas judiciales se designen peritos de reconocida experiencia y antecedentes académicos en el tema a tratar. Aclaramos que los peritos son expertos en su especialidad y se inscriben con su título profesional.*
 13. *solicitar que los jueces sancionen adecuadamente a los abogados patrocinantes de aventuras judiciales.*
 14. *solicitar que en las eventuales modificaciones del Código la carga de la prueba siga quedando a cargo del demandante.*
 15. *solicitar que se limite a dos años el periodo de la prescripción en las obligaciones de tipo contractual asimilándolos a las de tipo extracontractual.*
 16. *promover una mayor interrelación entre las instituciones que agrupan a médicos, abogados y magistrados con la finalidad de intercambiar opiniones sobre aspectos fundamentales del tema convocante, en forma periódica y permanente.*
 17. *aconsejar a los profesionales que*
 18. *aconsejar a los profesionales absueltos por decisión judicial que inicien querellas por calumnias e injurias y demandas por daños y perjuicios a las personas que los involucraron injustamente en un caso de presunta mala praxis.*
 19. *promover la creación en las Facultades de Medicina de comisiones para asesoramiento y consulta del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, del Poder judicial y de las instituciones médicas públicas y privadas*
 20. *promover la realización de nuevas jornadas.*

DEMANDAS POR NEGIGENCIAS MÉDICAS

Los aspectos relacionados con la responsabilidad médica y el aumento de demandas por resultados adversos y/o por reales negligencias médicas son temas que han estado siempre presentes en el ejercicio de la medicina, con una exacerbación en las últimas décadas, generando un incremento de costos y preocupación en el ámbito de los prestadores sanitarios.

Las cifras que proporcionan las estadísticas del Servicio Médico Legal dan cuenta de un crecimiento exponencial, ya que en los inicios de los años 80 se reportaban 5 casos por año para peritaciones derivadas de casos de supuestas o reales negligencias médicas, llegando a 50 casos por año en los albores de la década de 1990 y a 500 casos por año en el inicio de los 2000.

Una de las consecuencias derivadas de este entorno es el aumento sideral de los costos y pérdidas financieras originadas en reclamaciones por asistencia sanitaria tanto en el ámbito internacional como nacional, que según cifras publicadas en un informe de la OMS y del Consejo Europeo sobre Seguridad del Paciente del año 2001 y otras fuentes de información asciende para algunos países mas o menos a⁽¹⁾:

a) En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte un monto de casi US\$ 9.000 millones entre costos por indemnizaciones, estadías hospitalarias, responsabilidad por reclamos e infecciones hospitalarias, estimándose que un 15% de éstas pueden ser evitadas.

b) En EE.UU. el costo nacional por eventos médicos adversos, lucro cesante, demandas por discapacidad y otros, asciende a alrededor de US\$ 40.000 millones por año.

c) En España, considerando sólo los costos de las primas de seguros del sector público INSALUD, compromete un monto de US\$ 60 millones, debiendo tener presente que de acuerdo a la información del año 2002 los seguros estarían retirándose del mercado asegurador sanitario español porque habría incurrido en pérdidas.

Frente a este panorama desalentador, nuestro propósito es poder aportar una nota de optimismo y esperanza, transmitiendo nuestra experiencia en Clínica Alemana de Santiago con el propósito de evitar el ejercicio de una medicina defensiva que es ingrata y onerosa, a través de la implementación de medidas destinadas a obtener una mejoría continua de la calidad de las prestaciones de salud, unido a una mayor humanidad y seguridad de éstas a través de la implementación y perfeccionamiento de un programa de Auditoría Médica, dentro de la cual tienen especial relevancia la prevención y detección de riesgos, la gestión de los reclamos y el manejo precoz de los conflictos que puedan surgir en el proceso de atención de los pacientes.

Auditoría Médica (AM)

La AM de las prestaciones y servicios en salud, no se aparta de las auditorías que se realizan en otros campos del quehacer humano en cuanto a proceso, objetivos, evaluación e informe, constituyéndose en un instrumento de perfeccionamiento y educación continuas, que permite tomar resguardos en aspectos técnicos, administrativos, éticos y médico-legales en búsqueda de la excelencia. Consiste en una evaluación sistemática, realizada por médicos, que compara las características o calidad de la atención brindada y observada con la calidad ideal y deseada, de acuerdo a criterios y normas preestablecidas. Las acciones anteriores se complementan con la gestión de riesgos, reclamos y conflictos además de la realización de auditorías programadas en forma prospectiva, con una visión de futuro, de acuerdo a las necesidades institucionales⁽²⁾.

Así, la AM se concibe como una instancia educadora mas que punitiva y sancionadora, donde se trata de aprovechar las experiencias, tanto las negativas, a través del análisis de incidentes-accidentes, como de las positivas para ir introduciendo en forma gradual correcciones y mejoramiento en cada uno de los procesos de atención, para satisfacer los requerimientos de los pacientes y sus familiares y así poder cubrir las crecientes expectativas de los clientes que acuden a nuestras instituciones de salud.

En el cumplimiento de estos requerimientos, la AM se constituye en:

- A. Un sistema de educación y perfeccionamiento continuos, preocupado de la calidad, seguridad, calidez y humanidad de las prestaciones sanitarias, tratando de lograrlo a través de un proceso de enseñanza-aprendizaje, motivación y participación de todas y cada una de las personas que atienden pacientes.
- B. Una instancia de mediación, conciliación y solución de conflictos que puedan surgir en la relación médico, paciente, pariente e instituciones en beneficio de los involucrados y afectados.
- C. Un sistema que más que sancionar, tiene un carácter preventivo del error médico y reparador del mismo de orden no penal.

Lograr que la AM cumpla estos 3 objetivos y que los pacientes y familiares dispongan de una instancia institucional administrativa y técnica que acoja y trate en forma imparcial y justa los reclamos y contemple una forma de reparación oportuna y efectiva, ha sido una de nuestras metas, las que fueron planteadas tan sabiamente hace más de una década por el actual Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia Don Mario Garrido Montt.

En el cumplimiento de sus objetivos, la AM tiene algunos campos de acción, los que solo enumeraremos:

- 1.- Aspectos educativos:** estimulando una educación y perfeccionamiento continuos, lo que permite la obtención del aprendizaje y experiencia para enseñar.
- 2.- Aspectos Técnico-Evaluativos:** a través de la calificación de actos y conductas, lo que implica un control de calidad.
- 3.- Aspectos de Investigación:** detección de problemas, deficiencias y grado de cumplimiento de las normas y de adecuación a la Lex Artis médica, lo que facilita establecer y delimitar la responsabilidad médica.
- 4.- Aspectos Normativos:** estimulación en la elaboración y readecuación de guías clínicas, normas, protocolos y manuales de procedimientos, lo que facilita y objetiva el grado de cumplimiento y sujeción a éstas.
- 5.- Aspectos Médico-Legales:** Cautelar que se cumplan las normas legales y las disposiciones sanitarias vigentes. A) Prevención de la mala práctica y el error médico. B) Recomendaciones para el manejo de

conflictos. C) Tratamiento de conflictos y eventos potencialmente indemnizables (EPI) D) Actuación en estrecha colaboración con la Asesoría Legal de la institución.

6.- Aspectos Éticos: cautelar el fiel cumplimiento de las conductas de las personas de acuerdo a las normas éticas y morales.

7.- Aspectos financieros y de Mercado: conociendo toda la información que proporciona la AM se puede analizar la calidad, la relación costo-beneficio y la eficiencia, permitiendo la elaboración de indicadores de calidad.

En todos estos aspectos de la AM es de gran importancia trabajar en la elaboración de programas, estimular la elaboración o readecuación de protocolos, guías clínicas, manuales de procedimientos, desarrollar sistemas para los distintos procesos de atención sanitaria y controlar su funcionamiento. Aún de mayor relevancia es hacer en la gestión sanitaria un uso juicioso de todos los medios y de la información generada, la cual al ser analizada, medida y evaluada, permite conocer la situación real y actualizada en que se desarrollan los procesos, procedimientos y acciones en las distintas Unidades y servicios de un hospital o clínica.

Si contar con los distintos instrumentos, analizarlos, medirlos y evaluar los resultados es importante, es de mayor trascendencia poder tomar conciencia de las deficiencias y errores para poder introducir las modificaciones que permitan corregirlas y mejorar la calidad y seguridad de los servicios; "el cambio no solo se produce al planificarlo sino también tomando conciencia de lo que no funciona"⁽³⁾.

Gestión de Riesgos Sanitarios

Una vez expuestos los conceptos anteriores, quisiera explicar que entendemos por gestión de riesgos Sanitarios dentro de las acciones de nuestra AM. La definimos como la utilización de todos los medios disponibles y de la información generada como un antecedente histórico, la cual al ser analizada, medida y evaluada, permite conocer mejor los riesgos que existen y que se han presentado, por qué, con que frecuencia y su gravedad relativa en los diferentes procesos y procedimientos en los distintos Servicios y unidades tanto clínicas como administrativas. De esta manera se podrá disminuir los riesgos y sus consecuencias físicas, psíquicas y económicas en los pacientes, familiares y personal sanitario, cumpliendo así con la finalidad de mejorar la calidad, seguridad, humanidad, eficacia, eficiencia y disminuir los costos por reclamaciones. "El futuro no se puede prever, sí se puede preparar".

Por si sola la instalación de un sistema de calidad no asegura que necesariamente deba generarse una mejoría y que no se presenten conflictos. La calidad, si bien es cierto debe ser planificada, no se impone "desde arriba" pudiendo asistirse a un fracaso si no se cuenta con el compromiso y la motivación de cada uno de sus integrantes⁽³⁾.

Gestión de Reclamos

También es necesario hacer una adecuada gestión de los reclamos, debiendo contar con una planificación, procedimientos y personal capacitado, ya que para una relación de ayuda y de servicio no bastan los conocimientos técnicos y teóricos, sino que se necesita tener una actitud empática y ser capaz de ponerse en el lugar del otro, para su adecuado reporte, manejo, tratamiento y resolución en la instancia correspondiente.

Una vez producida la condición o deficiencia que dio origen al reclamo y registrado éste en los instrumentos destinados para tal efecto, deben seguirse esquemáticamente las siguientes etapas⁽⁴⁾:

Recepción y acogida empática del reclamante.

- Auditoría (escuchar, anamnesis y registro)
- Análisis de lo sucedido (humano, técnico, médico y jurídico)
- Distribución. Solicitud de informes a los involucrados.
- Solicitud de auditoría técnica a los expertos.
- Revisión de la bibliografía.
- Manejo y tratamiento. Trabajo en equipo.
- Solución, medidas adoptadas (explicación, completar tratamiento, reembolso, indemnización)
- Información al cliente.
- Informe para archivo, aprendizaje y enseñanza.
- Revisión y evaluación de la efectividad de las medidas implementadas.

Intervención en Conflictos

Todo lo antes expuesto lleva a lo que hemos denominado intervención en conflictos en que es necesario contar con una estrategia, alternativas y hacer concesiones. Es básica una relación interpersonal empática, generar una relación de confianza, ponerse en el lugar del otro y tratar de llegar a una solución en que ganen ambas partes. "El mejor negociador no es el que más habla sino el que mejor escucha".

Para la intervención en conflictos, hemos desarrollado un esquema "medicalizado", abordando su manejo con un criterio clínico epidemiológico similar a como se enfrentan las enfermedades. Muy esquemáticamente hemos definido las siguientes etapas⁽⁴⁾:

- *Conceptualización. Los conflictos existen, son personalizados y de distintos tipos.*
- *Prevención. Es de gran rendimiento, ya que lo mejor es evitarlo.*
- *Detección. Deber ser lo más precoz posible; no descartar los "banales".*
- *Comunicación y Reporte con el Especialista. También precoz.*
- *Tratamiento y manejo. Son necesarios conocimientos y habilidades.*
- *Solución. Explicar y reparar. Experiencia. Aprendizaje y enseñanza.*
- *Revisión. Auditar, controlar, complementar y re- adecuar las medidas.*

RESPONSABILIDAD DEL AUDITOR :

La Auditoría Médica es generadora de educación médica permanente, a través de las normas de atención que de su actividad surgen, manteniendo la atención médica dentro de los andariveles legales y éticos. El Auditor Médico es en esencia un médico y sobre él recaerán todas aquellas obligaciones y derechos que hacen a su categoría genéricas.

Cuando el Auditor es autónomo, vale decir no tiene dependencia de un tercero, él es el soberano en el ejercicio de su quehacer científico y por lo tanto será el único responsable de sus acciones. Según el Dr. Alberto Bueres (1992) el Auditor de las Obras Sociales cumple un doble rol:

1) Fiscalizar el cometido de los médicos.

2) Conceder o denegar autorizaciones para el suministro de una prestación determinada. Para que el Auditor cumpla con este precepto debe inexcusablemente contar con una norma escrita que le diga cuál es la extensión de la cobertura y cuáles son las prácticas autorizadas. En los sistemas de salud prepagos esta normatización va detallada en el contrato que se obliga al cliente - paciente.

La ineficiencia de la prestación de salud responsabiliza a la Obra Social, siendo tal deber irrefragable. Es decir, que si el Auditor, en atribuciones conferidas expresamente por la Obra Social, autoriza o deniega una práctica, y para ello se ajusta al recto criterio médico y a las pautas que regulan su competencia, no le podrá ser reprochada falta alguna; y será la Obra Social la que deberá responder por dicha denegatoria.

Lo que sí debe hacer el Auditor, cuando su criterio médico así lo dicte, es poner en conocimiento fehaciente de las autoridades de la Obra Social tal circunstancia para que sea la misma la que asuma la responsabilidad de aceptarla o denegarla.

De no hacerlo, y resultar la Obra Social demandada y condenada por la falta de prestación médica no concedida, ésta podría repetir la demanda contra el Auditor por incumplimiento de sus deberes administrativos de comunicar aquellas situaciones o presuntos focos potenciales de problemas.

Al Auditor de un sistema privado le caben las mismas consideraciones y su responsabilidad primaria es ante todo con su categoría ontológica.

Si el Auditor no cumple con corrección la vigilancia o control de prestadores y prestaciones, eludiendo dar consejos o suministrando dictámenes equivocados a las autoridades administrativas podrán éstas también ejercer acciones legales contra el Auditor, en caso de ser condenadas por aquellas circunstancias o actos en los que éste obvió o erró la correcta apreciación.

Si el Auditor se sujeta a las normas que el sistema de salud implementa y su trabajo es en rol de dependencia, la única obligación será el avisar a sus superiores acerca de dichos posibles problemas sobre aquellas prestaciones que, médicamente hablando, son necesarias y no sustituibles por similares. Pero si autoriza una práctica o atención en un sanatorio o clínica del que fehacientemente sepa no reúne las condiciones idóneas para realizarse, será responsable indirectamente ante una posterior demanda contra la Obra Social, pudiendo incluso responder económicamente por el perjuicio causado a la institución; salvo que halla dejado planteado ante sus superiores la situación potencialmente conflictiva. Si no entra dentro de sus atribuciones la acreditación de establecimientos, o no ha tenido noticias en razón de su cargo de tales anomalías, nada se le podrá imputar. Ante el caso de internaciones prolongadas sin finalidad benéfica para el enfermo, se debe poner en conocimiento a la Obra Social o Institución para la cual trabaja, a fin de que por otra vía se ejecuten las acciones que correspondan contra el médico responsable.

LEGISLACION APLICABLE

I-Ley 12.331. Profilaxis de las enfermedades venereas.-

II-Ley 15.465 Salud Publica.Enfermedades

III-Ley17.132.Normas para el ejercicio de la medicina, odontologia y actividades de colaboración.-

IV-Ley22.914.Salud publica. Internacion yegresos de establecimientos de salud mental.-

V-Ley22.990. Ley de sangre.

VI-Ley 23.660. Obras sociales.-

VII-Ley 23.661.Sistema nacional del seguro de salud.-

VIII-Ley 23.674.Salud publica.-

IX- Ley 23.798. Ley de lucha contra el sindrome de inmunodeficiencia adquirida.-

X-Decreto 1244/91. Reglamentacion de la ley 23.798.-

XI-Ley 24.004. Ejercicio de la enfermeria

XII-Ley24.193.Trasplantes de organos y materiales anatomicos.-

XIII-Ley 24.455. Obras sociales.-

XIV-Ley 24.754.Medicin Prepaga.-

XV- Resolucion 648 (Secretaria de Salud) Salud publica. Plazo de conservación de historias clinicas en establecimientos asistenciales privados y consultorios.-

XVI-Codigo de etica de la confederación medica de la republica Argentina.-

XVII-Ley de derechos del paciente , historia clinica y consentimiento informado.-

XVIII-Ley 24.240. Ley de defensa del consumidor.-