

Consideraciones jurídicas sobre las llamadas enfermedades yatrogénicas*

Por MIGUEL QUIROS SALINAS

Resumen: Estudio sobre la responsabilidad médica, analizada desde el punto de vista doctrinal, pensando en una legislación futura en base a la jurisprudencia, por representar la responsabilidad médica una categoría especial dentro de la teoría general de la culpa. A.

El uso de medicamentos por personal no médico es, lamentablemente, muy frecuente en nuestra población. Es un vicio grave que puede poner en serio peligro la salud de quienes los consuman.

Sobre el punto, puede decirse que hay dos peculiaridades que se observan en nuestro medio:

- a) el empleo de medicinas por indicación de personas no médicas
- b) la autoreceta.

a) *Empleo de las medicinas sin prescripción médica por parte de los farmacéuticos o empleados a cargo de las farmacias.*— Es muy frecuente en nuestro medio observar que a quien lo aqueja una dolencia, que en apariencia en sus inicios no reviste un estado de gravedad, acuda a la farmacia antes que al médico. Luego de una ligera explicación de su dolencia ante el farmacéutico y muchas veces ante quien expende las medicinas, que no es profesional, lo que es más grave, solicita un fármaco para su malestar. El farmacéutico, o el dependiente, ante el temor de perder una venta, le indicará un producto que a su criterio lo mejorará. Si esta farmacia tuviera escrúpulos aconse-

* Tres capítulos de la tesis de bachiller en derecho. Premio Fomento a la Cultura 1971, "Francisco García Calderón", mejor estudio jurídico. Premio compartido.

jaría al cliente que vea a un médico, pero entonces ocurriría que el enfermo se va a otra farmacia, donde seguramente le recomendarán un medicamento. Este resultado es consecuencia de una falta de conciencia responsable y del poco control que el Estado tiene para con esos establecimientos.

Si analizamos esta práctica viciosa, veremos las graves consecuencias que puede tener para la salud del enfermo. Muchos grandes males inician su desarrollo a través de síntomas, que a primera vista no revisten importancia. Es común el caso del sujeto que se presenta con una dolencia, que como síntoma puede ser dolor en la zona del estómago, acidez, dolor de cabeza, etc., y solicita un producto que lo mejore. El que expende las medicinas le recomendará entre otras cosas: antiespasmódicos, lipotrópicos, coleréticos, antiácidos, etc., y el resultado será una ligera mejoría como consecuencia de la acción sintomática de esos fármacos. Pasará un tiempo, que muchas veces puede ser de algunos meses, y luego se agravarán los síntomas; es en este momento que el enfermo acudirá al médico, y a los exámenes técnicos auxiliares, ocurriendo a veces, que el resultado de ellos arroja un diagnóstico definitivo de una úlcera duodenal o gástrica, que en cualquier momento se puede perforar, y como consecuencia producir una hemorragia interna, que haga necesaria una intervención quirúrgica de urgencia, con los riesgos consecuentes, o lo que es peor aún, el diagnóstico definitivo puede ser un cáncer, que si hubiera sido detectado a tiempo por un facultativo, tal vez hubiera sido posible una operación con posibilidades de curación.

En el Perú es posible adquirir cualquier medicamento en las farmacias sin necesidad de una receta médica, como por ejemplo antibióticos, cortisona, tranquilizantes, por citar algunos. La reglamentación por parte del Estado establece que no se podrá expender sin receta ningún producto farmacéutico; sin embargo, observamos que en la práctica no es así, exceptuando los narcóticos, de los que sí se lleva un estricto control tratando de impedir la toxicomanía. Excluyendo este rubro, es posible obtener todos los otros medicamentos, lo que podría estar atentando gravemente contra la salud, y constituir un delito implícitamente tratado en nuestro Código Penal que se refiere a: "Los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud". De igual manera es tratado en el Código Sanitario promulgado por Decreto-Ley N° 17505, Libro Tercero, "De los Delitos y Sancio-

nes", artículo 185º, incisos i), j), k) y q) y artículo 186º, que estatuyen:

Artículo 185º— Constituye delito contra la salud:

- i) La venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos sin receta médica.*
- j) Suministrar drogas en especie, calidad o cantidad no correspondientes a la receta médica.*
- k) Recetar, sin causa justificada, alcaloides o narcóticos en dosis mayores de las que señala la Farmacopea.*
- q) Los demás casos contemplados en el Código Penal y otras leyes, como delitos contra la salud.*

Artículo 186º— Los delitos previstos en el artículo anterior, serán sancionados con penitenciaría o prisión no menor de seis meses.

Ahora bien, hay un Código Sanitario y existen reglamentaciones al respecto; pero, ¿se cumple en la práctica con lo que la Ley dice?. La respuesta es rotunda: No; y para corroborarlo analicemos los incisos mencionados:

Los incisos i) y k) son cumplidos estrictamente, por el riguroso control de las autoridades sanitarias.

El inciso j) no es cumplido en absoluto, pues la adquisición de medicamentos, inclusive sin receta, puede hacerse por cualquier cantidad. Es una mala práctica, es causa de numerosos accidentes medicamentosos, como son los que se producen por la aplicación empírica de determinados antibióticos. Tal es el caso de la penicilina procaínica, que provoca frecuentemente el llamado shok penicilínico, motivado por intolerancia individual a esa droga y que puede conducir a la muerte, si no se actúa de inmediato con la medicación apropiada (antialérgicos, cortisona, y analépticos cardio-respiratorios), que sólo un médico puede manejar adecuadamente. Lo mismo podría decirse del peligro de un uso incontrolado del cloramfenicol, un antibiótico de gran utilidad en numerosas infecciones por su amplio espectro, pero que puede llegar a producir efectos secundarios (yatrogénicos*) sumamente graves, como ser una aplasia medular, que

* Podría significar, etimológicamente, enfermedad producida o provocada por los médicos o las medicinas (iatro-medicina; génesis-origen).

es una deficiencia en la constitución de la fórmula sanguínea, de resultado mortal en la mayoría de los casos. Igual puede afirmarse del uso masivo de la cortisona, que puede conducir a una atrofia de las glándulas suprarrenales o a una perforación de la mucosa gástrica o intestinal en un sujeto que padece de úlcera. Un empleo en dosis excesivas de tranquilizantes o hipnóticos, puede matar, lo mismo que un uso sin conocimientos médicos, de las drogas antidiabéticas orales, que puede causar un shok hipoglicémico por exceso de baja de azúcar en la sangre.

Por esta razón en casi todos los países de Europa y en los EE.UU de Norte América, es imposible adquirir medicamentos sin receta médica, salvo que sean vitaminas, analgésicos o digestivos del tipo antiácido, que no entrañan mayores peligros. Las sanciones para los establecimientos que efectúen una venta sin prescripción médica, son muy drásticas.

Es inadmisibile que en nuestro país, la inexistencia de un control adecuado y estricto para el comercio de las medicinas, de lugar a que se atente gravemente contra la salud pública, favoreciendo un comercio con fármacos que burla la función a que están destinados, que es precisamente cautelar y conservar la salud.

Inc. q); este inciso nos remite al Código Penal, en el cual se tipifican los actos dolosos concernientes a este aspecto.

b) *La autoreceta.*— Como resultado de la libertad absoluta para adquirir medicamentos, se puede observar que corrientemente por recomendación de familiares o amigos, se adquieran medicinas para un determinado síntoma de alguna enfermedad, sin conocer su etiología, pues quienes las recomiendan, son profanos en la materia y por tanto no conocen las consecuencias que pueden traer al enfermo.

En este acápite debo ocuparme de los intermediarios que ponen en contacto al productor de medicinas con el cuerpo médico, me refiero concretamente al propagandista médico. Estas personas, de acuerdo a la función que desempeñan, son portadoras de los productos fabricados por determinado laboratorio, para llevarlas a los profesionales médicos, haciéndoles conocer las bondades del producto, para que éstos a su vez por su experiencia, y por la confianza que le inspira la marca, lo prescriban a sus pacientes.

El artículo 185 del Código Sanitario inciso 11) prohíbe: "*Poseer cualquier clase de droga sin justificar la razón legítima*

de su posesión o tenencia", pero los mencionados representantes no estarían incurso en él, pues la posesión o tenencia de medicamentos es justificada. Pero es frecuente observar que personas relacionadas con ellos, les soliciten muestras para su uso personal o para familiares, y aún los propios representantes, las utilizan en ellos mismos o sus familiares. Esto determina un abuso y uso indiscriminado de medicinas, que entraña un peligro enorme, pues si bien es verdad, que los representantes tienen algún conocimiento de la ciencia médica, no tienen un título que les permita prescribir o recomendar un medicamento, por lo que estarían incurriendo en el delito de ejercicio ilegal de la medicina, delito sancionado muy severamente por la ley. Desgraciadamente, el Código Sanitario de reciente publicación, no ha considerado ningún artículo que reglamente o que sancione este uso indebido de fármacos por parte de quienes representan a los productores.

Uno de los motivos más frecuentes para este manipuleo de medicinas a espaldas del médico, es la escasa capacidad adquisitiva de nuestra población, que obliga al paciente a buscar alivio evitándose los gastos que demanda la consulta médica y todo el cortejo de exámenes auxiliares (radiografías, análisis, etc.), para los que nunca tiene una reserva en su presupuesto doméstico. Desde luego, este paciente no mide las consecuencias de ignorar su diagnóstico y se expone a complicaciones serias.

Mientras no exista un control rígido por parte de las autoridades, en el comercio de las medicinas, este fenómeno se seguirá repitiendo a diario, más agravado aún de ahora en adelante, con la introducción al mercado de las llamadas "medicinas sociales" que por su controlado bajo precio, hará mucho más fácil la adquisición y difusión entre las clases más necesitadas, que generalmente son las menos informadas.

ENFERMEDADES YATROGENICAS PRODUCIDAS POR MEDICAMENTOS O POR TRATAMIENTO MEDICO

Sus alcances van más allá de cualquier apreciación superficial y por eso para referirme a este problema, he preferido utilizar conceptos vertidos por los distinguidos médicos peruanos, Drs. Carlos Bustamante Ruiz y Fernando Cabieses, en dos trabajos presentados en una reunión del Viernes Médico en 1962, que fueron publicados en la revista del mismo nombre de ese año.

Hay que tener presente que si bien es verdad que el médico es responsable de su conducta con sus pacientes, también lo es que día a día se hace más difícil establecer el grado de esa responsabilidad, por lo complejo que se presenta el problema del diagnóstico y del tratamiento de las enfermedades.

No se trata de establecer aquí una discusión sobre los errores de los médicos; se trata sólo de examinar la doctrina médica como conjunto de principios y disciplinas que se renuevan sin cesar. Esta renovación significa que la verdad de hoy puede ser la falacia de mañana, por lo que el facultativo tiene que ser muy cauto en el empleo de los métodos diagnósticos y de los métodos terapéuticos y sobre todo por las consecuencias jurídicas que el ejercicio de la medicina acarrea. El entusiasmo original que lleva al médico a servir al paciente, impone que él emplee todos los recursos de que dispone, lo que puede significar que se esté provocando otro tipo de daño o se esté fallando de alguna manera en el diagnóstico, con peligro para la salud física o mental de los enfermos.

El primer problema que se presenta en cuanto a las enfermedades yatrogénicas es el del diagnóstico; muy a menudo los diagnósticos son equivocados y lo son no por desconocimiento de la doctrina médica por parte del profesional, sino porque se presentan situaciones en las que el médico puede no advertir el peligro de un diagnóstico precipitado.

En todo médico existe un deber continuo: diagnosticar apropiadamente. Y es continuo porque debe realizarse este diagnóstico continuamente. No es el hecho diagnosticar una enfermedad, etiquetarla al paciente y recurrir al libro o a la memoria, a fin de encontrar el tratamiento apropiado. Es deber del médico diagnosticar diariamente la enfermedad mientras el paciente esté bajo su control; si su diagnóstico no fuera continuo podrían pasar desapercibidas las complicaciones que el médico está produciendo con su actividad terapéutica. Es exactamente la negligencia de examinar al enfermo, la negligencia de procurar diariamente y en forma continua de interpretar el estado variable del paciente, la causa de la mayor parte de las enfermedades yatrogénicas.

Otro sector importante de las enfermedades yatrogénicas comprende aquellas provocadas al utilizar una droga o un procedimiento diagnóstico o terapéutico que se sabe implica riesgos, pero que se utiliza como un riesgo calculado. Muy frecuentemente, en todas las especialidades médicas, el médico tiene que es-

coger entre dos males: se sabe que una operación o que una droga es riesgosa; pero el problema está en saber definir que es más riesgoso: si hacer esa operación o no hacerla; si dar esa droga o no darla. Es ahí donde interviene el continuo diagnóstico del problema y la continua buena fe que tiene que tener el médico para tratar a sus pacientes.

Al juzgar los errores del médico y las enfermedades yatrogénicas que éstos producen, es básico y extremadamente importante nunca juzgar en forma retrospectiva. Todo enjuiciamiento debe hacerse con los mismos elementos de juicio que existían en el momento en que el error fue cometido. "Con respecto a las enfermedades yatrogénicas, cabe distinguir el error puro y el error acompañado de negligencia. Muchas veces la negligencia no lleva a error; pero el error, del cual todos somos capaces, nunca debe ser ocasionado por una negligencia" (1).

Otro factor importante de mencionar en cuanto a la causa de las enfermedades yatrogénicas, es el relacionado a la utilización de procedimientos diagnósticos. Es deber del médico proceder gradualmente en relación a los posibles riesgos que estos elementos de diagnóstico auxiliar puedan acarrear, dejando para el final aquellos que mayor riesgo representan para el paciente. El médico está en la obligación de diagnosticar continuamente el problema de su paciente, pero en lo posible utilizando siempre métodos poco riesgosos.

De las enfermedades producidas por los médicos, quien sabe la más conocida o la más característica es la malario-terapia. A fines del siglo pasado, Warner von Jaureg, profesional consciente de su deber como médico, ante la impotencia en que se encontraban los psiquiatras y los sifilógrafos para luchar contra la parálisis general progresiva, desarrolló el método de la malario-terapia, que consistía en la inoculación del paludismo o de cepas de paludismo a los enfermos mentales que adolecían de esta enfermedad. Había una experiencia previa o un hecho de observación anterior, porque en la guerra de Crimea cuando las epidemias de tifus exantemático cundían entre los ejércitos, fue posible observar en los soldados que tenían trastornos nerviosos de origen luético, que cogían el tifus y lograban salvar de esta afección, se mejoraban grandemente de su enfermedad mental, de su enfermedad luética. Wagner von Jaureg fue el primero que dio sentido científico y racional a este tipo de te-

(1) CABIESES, Fernando Dr., Revista Viernes Médico, Vol. XII nº 2, Pág. 171.

rapia, que se ha usado hasta el advenimiento o el descubrimiento de la penicilina. La malario-terapia como es sabido, ha empezado a caer en desuso por la efectiva acción de este antibiótico sobre el treponema.

Propagación de infecciones.— Veremos muy someramente los problemas que se presentan en el campo de la patología humana y de las especialidades médicas en relación con las enfermedades yatrogénicas.

En lo que respecta a propagación de infecciones, en algunas oportunidades se ha podido notar en los hospitales la presencia del estafilococo dorado, produciendo una serie de infecciones, muy difíciles de controlar. Este estafilococo produce en los recién nacidos afecciones a la piel, que pueden resultar muy graves, y en adultos si su localización es distinta de la piel, como por ejemplo si se localiza en el pulmón o en otros órganos, produce tipos de infecciones muy difíciles de controlar. Existen una serie de reglas y procedimientos para la búsqueda de ambientes contaminados por el estafilococo. De acuerdo a una revisión se verificó que el personal de los hospitales: médicos, enfermeras, empleados, etc., son portadores de estos gérmenes y son los que se encargan de llevarlos de los ambientes contaminados a los ambientes asépticos, de mayor peligro aún si se contaminara, lo que representa un peligro tremendo, si se considera que los enfermos sometidos a tratamiento quirúrgico se colocan en una situación de stress y de menor resistencia.

En hematología.— Es bien sabido que en este campo hay una serie de discracias sanguíneas que se producen como resultado del empleo de sulfas y antibióticos, especialmente del tipo de cloramfenicol, en que aparecen enfermedades bien específicas o alteraciones bien especificadas de la fórmula hemática.

En inmunología.— En este terreno las complicaciones de los sueros y de las vacunas son tema sumamente interesante. Mencionaré para ello el shok anafilático. Todos los médicos, están prevenidos del peligro que el uso de ellos acarrea, pero no hay duda que si esto no se toma en cuenta, se puede producir la muerte de un ser humano. Esto ya no sería una enfermedad producida por un médico, sino la muerte producida por un médico. Pero hay que tener en cuenta también que hay casos en que a pesar de tomar las precauciones debidas, se pueden producir shoks

anafilácticos que son irreparables, y aquí se presenta el problema jurídico de saber establecer la responsabilidad del médico tratante.

En este rubro tenemos también la llamada enfermedad del suero, la enfermedad sérica. Es sabido que si un sujeto recibe una herida de bala por ejemplo, y se le aplica suero, que puede ser suero de caballo o de cualquier otro animal, si ha sido previamente sensibilizado por suero del mismo animal, por una enfermedad anterior, como por ejemplo una difteria, hay que prevenir el shok anafiláctico inyectando una pequeña cantidad de suero, y posteriormente después de un tiempo de expectativa, colocar la inyección. No obstante ello puede suceder que ocho días después aparezca una enfermedad, llamada enfermedad sérica.

De lo expuesto se deduce la gran importancia que debe darle el médico al interrogatorio a que debe someter al paciente, o a sus familiares antes de iniciar un tratamiento; sin embargo a veces pasan por alto esta fase previa al diagnóstico, con lo que se puede producir una enfermedad yatrogénica de graves consecuencias. En caso de reclamo por parte del paciente ante los tribunales, tendría que tenerse en cuenta si el médico cumplió con los requisitos previos al tratamiento, según lo indicado en sus estudios de medicina.

En el caso de las vacunas debo referirme al hecho que cuando apareció la vacuna Salk contra la poliomielitis, hace algunos años, hubo un lote de ampollitas que parece que no llenaba los requisitos indispensables y que al ser inyectadas en algunos niños, provocaron y desencadenaron algunos casos de polio, en sujetos en los que precisamente se estaba buscando inmunizarlos contra esa enfermedad. Indiscutiblemente era una enfermedad en estos casos producida por los médicos, pero en este caso concreto, una responsabilidad del Ministerio de Salud, por haber dado el pase a un medicamento sin los controles debidos, y de acuerdo a los reglamentos sanitarios.

En traumatología.— En los dominios de la traumatología me referiré a los peligros de la inmovilización prolongada. En los accidentes traumatológicos como son las fracturas, luxaciones y todos los procesos de esta naturaleza, comportan la necesidad de inmovilizar al enfermo y por tanto la articulación, de inmovilizar algún codo o alguna rodilla, pero cuando el traumatólogo le retira su prótesis porque se ha cumplido el tiempo en el cual se ha consolidado el callo, encuentra que tiene una

rodilla o un codo rígido, o un hombro congelado y entonces no sabe que hacer. Se observa que algunos pacientes que tuvieron una sencilla fractura de colles, presentan una muñeca rígida y son incapaces de utilizar la mano, porque han estado 40 días inmovilizados. Se trata muchas veces, de personas de edad, en las cuáles la rigidez es más grave porque hay una cierta tendencia al endurecimiento de los tejidos, por razón propia de la edad, y se producen incluso estados de pre-anquilosis.

Estos casos son bastante frecuentes, y es indudable que ellos son producto de la negligencia o impericia por parte del autor, en cuyo caso demostrado el grado de culpabilidad por parte del facultativo, éste se haría deudor de una indemnización.

En neurología.— En el campo neurológico se presentan los mismos problemas, con los pacientes que sufren hemiplejias o paraplejias o accidentes vasculares cerebrales, que condicionan este tipo de parálisis, porque si el médico no está advertido que el enfermo que tiene una hemiplejia, va a tener cierto tipo de deformaciones, en razón de las contracturas que siguen a la parálisis, y no sabe inmovilizar a su enfermo tempranamente y no sabe colocar una bota o una prótesis que impida la deformación del pie, la deformación del brazo, etc., se va a encontrar que cuando ha pasado la fase aguda, el enfermo se ha salvado, pero es más inválido de lo que podía ser, si el conocimiento de estos hechos hubiera permitido que tempranamente se adoptaran las medidas más adecuadas.

Al igual que en los casos de traumatología, deslindar la responsabilidad del médico, es tarea arduo difícil, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestros actuales tribunales conformados por hombres de leyes, no son versados en la ciencia médica, y tan sólo podrían tener una orientación por parte de los peritos o por informes del Colegio Médico, lo que hace muy difícil emitir un fallo exacto y justo.

Antibióticos.— Son frecuentes los accidentes mortales que se ven por el empleo de antibióticos u otras drogas que contienen procaína en sujetos que son sensibles a este fármaco; el médico debe ser muy cauto con el empleo de este tipo de medicamentos. Igualmente en el uso de la estreptomina por las lesiones neurológicas que produce este antibiótico. Las polineuritis que se ven aparecer como consecuencia de su empleo, han justificado que en una oportunidad los miembros de la sociedad de Otorrinolaringología de México, se hayan dirigido al gobierno

pidiéndole la prohibición del ingreso a México de estreptomina y su venta, porque creen que con los otros medicamentos como la isoniacida, el ácido paraminosalicílico, la serotonina, etc., pueden controlar todas las formas de tuberculosis, sin los peligros que representa la estreptomina, pese a que ahora este antibiótico es mucho más puro que el que se empleaba en los primeros tiempos.

En este acápite me he referido concretamente al uso de la estreptomina y de los antibióticos con asociación de procaína, pero son numerosas las medicinas que entrañan grave peligro para la salud. Sin embargo el expendio de ellas en los establecimientos comerciales que se dedican a este negocio es completamente libre. Si ya es un peligro en manos de médicos, cual no será el peligro si es recomendado por quien no es médico.

Endocrinología.— En el campo de la hormonoterapia, tenemos el problema que surge del empleo de las hormonas sexuales, tanto del grupo femenino como del grupo masculino y los peligros que representa su administración. Si se trata de hombres, el empleo de hormonas masculinas en sujetos que tienen adenoma prostático, no hace sino exacerbar esta condición y en las mujeres el empleo de hormonas femeninas puede producir cuadros mucho más bizarros, mucho más abigarrados; los ginecólogos tienen mucho que decir en este sentido. Así, por ejemplo el empleo de prolanes, gonadotropinas, puede producir hemorragias o metropatías hemorrágicas que incluso pueden llegar a justificar ciertas intervenciones mutilantes para controlar una situación, que inoportunamente se puso en marcha por el empleo de un prolán para combatir una amenorrea primaria en una niña o en una adolescente, y repito, posteriormente aparecen en ellas metropatías funcionales hemorrágicas que no es posible controlarlas con nada y hay que recurrir al acto quirúrgico. En cuanto a la insulina, por más que sea una hormona del dominio de los expertos en diabetes, no hay duda que mucha insulina o poca insulina son la causa de la mayoría de los accidentes de los diabéticos. Mucha insulina puede provocar una hipoglicemia; poca insulina puede facilitar que el paciente vaya a un coma acidótico, o a uno diabético.

En lo que se refiere a la cortisona y todos sus derivados, con los peligros que representan trastornos mentales, insuficiencias suprarrenales, retardo del crecimiento de los niños, etc. etc.

En otros campos, una droga inocua, aparentemente inofen-

siva, me refiero a la aspirina, de la cual dicen las estadísticas que se consumen 5,000 toneladas por año en los EE.UU y 1,500 en Francia, es capaz de producir alergia, sensibilización a la aspirina y hasta gastritis hemorrágica, agravando la condición de los pacientes ulcerosos, es decir que la aspirina puede producir alteraciones de orden general o hemáticas, en pacientes que abusan de ella.

También estas drogas, se expenden sin exigir la receta médica.

Decía el Profesor Michel Conte, de la cátedra de terapéutica de la Facultad de Medicina de Paris, "que los accidentes terapéuticos, figurarán un día no muy lejano, al lado del ateroma, el cáncer y los accidentes automovilísticos, en el grupo de los flagelos sociales".

Este pensamiento nos está dando la pauta de la importancia que tienen las enfermedades yatrogénicas por los efectos jurídicos y aún sociales, que ellas acarrearán, lo que impone la necesidad de que el Código Sanitario y el Código Penal, las contemple, señalando claramente, los límites entre el error y la negligencia.

LA RESPONSABILIDAD MEDICA

Un principio jurídico general establece para todas las personas sin excepción, la obligación de responder por los daños que ocasionen a un tercero. El fundamento de esta obligación varía con la situación psicológica del autor del hecho, según que el perjuicio haya sido intencional o no. El médico desde luego, no escapa a esta forma de responsabilidad, por daños consecutivos a actos en el ejercicio de su profesión, aunque no haya habido de su parte el propósito de causar un perjuicio. Esto último es lo que se denomina responsabilidad médica, propiamente dicha.

Lacassagne la definió así: "La responsabilidad médica es la obligación para los médicos, de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su arte, faltas que pueden comportar una doble acción civil y penal".

"El médico como tal, puede caer en responsabilidad penal o civil. En el primer caso se trata de un delito y el facultativo es pasible de una pena que podría ser prisión o multa; en el segundo es un daño físico, como perjuicio económico, haya o no delito penal, y el médico debe pagar al damnificado una reparación en dinero.

Pero en ambos fueros, es necesario hacer una aclaración importante. El médico es capaz de caer en responsabilidad por sus actos como hombre, dentro o fuera de la profesión; y como profesional, sólo dentro del ejercicio de su acto. En la primera categoría de hechos, el elemento subjetivo característico es la intención de causar un daño; en la segunda, lo característico es la ausencia de aquella intención, habiendo en cambio, una falta de orden profesional. Es lo que se denomina, respectivamente, el dolo y la culpa, jurídicamente" (2).

Son ejemplos de responsabilidad por dolo: un delito común cualquiera, cometido por un médico, fuera de su profesión; el delito para cuya realización el médico se ha valido de su carácter de tal (matar intencionalmente a su enfermo al hacerle el tratamiento); incurrir en delitos especialmente establecidos con previsiones expresas para él (aborto, por ejemplo). Es ejemplo de responsabilidad por culpa: la del médico cuyo error grave, inexcusable, ha producido la muerte del paciente. Sólo en casos como este último, debe hablarse de responsabilidad médica, que no es sino una forma de la responsabilidad profesional, dentro de las condiciones generales de la culpa.

Cuando se trata de un acto con dolo así como en los tres ejemplos anteriores, la responsabilidad del médico no tiene nada de particular, pues psicológica, moral y judicialmente, su situación es igual a la de cualquiera otra forma de responsabilidad delictuosa ordinaria: se trata de un delito ante el Código Penal o de uno ante el Derecho Civil. Sobre este punto doctrinario no puede haber ni ha habido jamás discusiones. En cambio en ausencia de intención dolosa, la responsabilidad profesional del médico ocupa una categoría especial, y para ello ha habido que aplicar la doctrina general de la culpa, consagrada tanto en el Derecho Civil como en el Penal, con previsiones concretas de los códigos.

Sin embargo, esta situación del médico no ha sido fijada sin resistencias y discusiones, pues se sostuvo que los médicos no podían ser responsables por actos de su profesión, sino cuando habían procedido con intención criminal. Ellos no serían así responsables de sus errores y faltas, aunque hubiera un perjuicio para el enfermo. En una palabra, se reclamaba para los facultativos una situación de privilegio, que no existía para ningún

(2) NERIO ROJAS: "Medicina Legal". Pág. 475.

otro profesional. Empero los Códigos y la jurisprudencia, han fijado los límites de esta responsabilidad profesional.

Ahora bien la interrogante es: ¿Hasta qué punto debe admitirse el principio de responsabilidad médica?. Para responder a ello dividiremos la cuestión en tres preguntas:

- a) ¿Debe admitirse la responsabilidad médica como principio?.
 - b) Como un hecho, ¿está la responsabilidad médica claramente establecida en la legislación que nos rige?.
 - c) Admitida la responsabilidad médica, ¿quien deberá juzgarla?.
- a) *¿Debe admitirse la responsabilidad médica como principio?*

Se trata de resolver si se deben aplicar penas correccionales y exigir indemnizaciones a un facultativo por los resultados de su práctica, sea por accidentes que sobrevengan en el curso de la enfermedad o por errores que haya podido cometer, o bien por un diagnóstico, pronóstico, plan curativo, una operación, actuaciones periciales, etc., etc. Si por un error del médico se llegara a la muerte del enfermo, o a producir un defecto físico o un achaque irreversible, con las lógicas consecuencias que se derivarían para él o sus familiares, es natural que por una razón de justicia, debe hacerse responsable al que cometió el error, aunque debe establecerse hasta donde sea posible, si ha sido error o falta. Probado ésto, es decir, la causa del daño, el causante debe responder con penas o indemnizaciones.

La sociedad debe tener garantía y uno de los medios de asegurarlas, es castigar al que causa daño, aunque sea por error.

“Sin embargo por poco que se reflexione sobre este delicadísimo punto, se verá que más en cuenta tiene la sociedad el que no se exija tal responsabilidad a los médicos y cirujanos por los resultados de su práctica” (3).

Pero debemos precisar el principio de que la ciencia de curar es muy difícil, y no hay médico que por profundo que sea su conocimiento y por excelente que sea su juicio, no yerre. La medicina es un estudio continuo de las causas de las enfermedades y desgraciadamente acerca de ellas, reina muchísima obscuridad.

(3) MATA, Pedro: “Medicina Legal y Toxicología”. Tomo 3. Pág. 134.

Ahora bien, si el error es tan posible en la ciencia médica y en los médicos, si éstos no pueden ser infalibles, ¿en qué principio de justicia se podría fundamentar la pena para este error?.

Además, si el facultativo supiera que es responsable de los malos resultados de su práctica, estaría cohibido a resolverse sobre ciertas medidas, digamos drásticas, que pueden tener un resultado bueno o malo, como por ejemplo practicar operaciones de éxito dudoso, o administrar sustancias enérgicas cuya acción podría poner en peligro la vida del enfermo. De igual manera ante el temor de error, caería en una inacción y esta actitud resultaría funesta y también sería delincuente, ya que en medicina lo mismo es obrar mal que dejar de obrar; además, la práctica nos demuestra que el médico es a menudo derrotado en sus luchas contra la muerte y semejante convicción lo alejaría de tomar la responsabilidad de hacerse cargo de un enfermo. Esto sería igual, en los casos graves como en los más sencillos, ya que es conocida la facilidad con que muchas veces lo sencillo, se hace grave en algunos casos imposibles de prever.

Dando respuesta a la pregunta formulada y, considerando lo expuesto en líneas arriba, creo que el médico es responsable, cuando interviene la mala fe, la intención culpable o la negligencia, así como el error criminal; serán delitos dolosos sancionados por nuestra ley. Pero no se podría sancionar al médico, por errores en ejercicio de su profesión, cuando se pruebe que ha obrado de buena fe o en conciencia.

b) *¿Está la responsabilidad médica claramente establecida en la legislación que nos rige?*

No existe en nuestra ley algo establecido expresamente en relación a la ignorancia del facultativo, pero tácitamente este punto es tocado por el art. 168º del Código Penal que dice: *“El que por negligencia causare una lesión corporal que requiera una asistencia facultativa y causare incapacidad por más de 20 días, será juzgado de oficio y reprimido en prisión no mayor de 15 años, siempre que el causante del daño hubiera infringido un deber impuesto por su función, profesión o industria.*

En todos los demás casos de esta clase de delitos, sólo se abrirá instrucción por denuncia de parte, la que una vez iniciada continuará de oficio y el autor será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de 3 a 90 días.

El juez podrá acumular la multa con la prisión”.

No menciono aquí los reglamentos y disposiciones en los que está fijada la responsabilidad de los médicos cuando extienden certificados de salud, de defunción, etc. ni las sanciones que corresponden a los que falten a lo dispuesto en esos reglamentos.

c) *Admitida la responsabilidad médica, ¿quién debería juzgarla?*

Esta es uno de los interrogantes cuya solución plantea una sutil dualidad de posiciones, puesto que por un lado, en que casi todas las legislaciones penales están de acuerdo, se acepta que sólo el poder judicial tiene competencia para juzgar el delito o falta en que pudiera haber incurrido el profesional médico en ejercicio, poder que significa una de las garantías más preciadas dentro del contexto social, y por otro lado existe otra posición que sin ser legalista debe ser tomada en cuenta y es la que sostiene que la responsabilidad médica debe ser juzgada por los colegios médicos o instituciones afines, por creer que son más idóneas para conocer en toda su magnitud científica, la negligencia o error en que pudo haber incurrido uno de sus colegiados.

En cuanto a la primera posición que es la que sigue nuestra legislación penal, creo que es la más acertada puesto que el poder juzgar no sólo la responsabilidad del médico, sino la de toda persona, es la razón de ser del poder judicial, ya que juzgar significa dentro del léxico jurídico, administrar justicia.

Por lo demás me parece, que en el caso concreto de nuestra organización judicial, debería establecerse un organismo especial encargado de dilucidar cuestiones relacionadas con la responsabilidad médica, que podría ser conformado por médicos y abogados, con el criterio: 1º) de lograr una integración más profunda de ambas culturas: la médica y la jurídica; y 2º) lograr mayores conocimientos en ambas profesiones, acerca de la ley o del acto médico, lo que como consecuencia serviría para establecer una legislación adecuada. Tal criterio nos llevaría a evitar las confusiones, que se originan cuando tienen que ser dilucidadas cuestiones médico legales, pues este organismo sería asesor de la justicia, y reforzaría el informe pericial, unipersonal, con los puntos de vista ya discutidos en grupo, por profesionales de distinta disciplina; tendría así el Juez un auxiliar más poderoso para emitir su sentencia.

Respecto a que la responsabilidad médica debe ser juzgada por los colegios médicos o instituciones afines, creo que no es

la posición correcta, puesto que equivaldría a cercenar el Poder Judicial, reconociendo a organismos ajenos, competencia para juzgar. Si aceptáramos tal criterio, con justa razón podría sostenerse que el colegio de ingenieros, el de abogados, el de contadores, etc., tendrían facultad para juzgar a sus asociados, con lo cual el ideal de justicia sería caótico. Apoyándome en la primera posición opino que es urgente establecer una legislación para contemplar estos casos de responsabilidad médica. La fuente de inspiración para ello, tendría que ser la jurisprudencia que se vaya acumulando, más la que ya puede existir. Este criterio parece ser el más acertado o por lo menos el más justo, puesto que resultaría muy difícil normar la conducta médica de manera taxativa y específica, siendo como, hemos dicho, la medicina una ciencia en permanente evolución y de carácter dinámico. El ideal de justicia en estos casos, debe ser defender tanto la posición del médico como la del enfermo, superando el criterio actual, que incluye la responsabilidad del médico, dentro de los alcances del numeral 82, párrafo II de nuestro Código Penal, que a la letra dice: "Comete delito por negligencia el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal". Pero es el caso que este artículo sólo hace referencia a delitos culposos de manera general y no entra en distinciones, siendo que el delito consiste en un quehacer específico y no genérico. Por ello, con sobrada razón, el penalista Angiollini precisa los siguientes grupos de delincuentes por defecto de sentido moral, y de altruismo; "culpables por inexperiencia, ineptitud e ignorancia de la profesión que ejercen; culpables por defectos en el mecanismo de la atención y en el de la asociación de ideas; culpables por influencia del medio, como efecto de un surmenage físico o intelectual".

Los adversarios de la responsabilidad médica o sea por faltas de orden profesional, han dado diversas razones, cuya síntesis es la siguiente:

- 1) El diploma de médico es una prueba de idoneidad, para lo cual el Estado exige los exámenes universitarios; la capacidad del profesional no debe, pues, ser discutida de nuevo en cada caso.

2) El proceso científico está en peligro si los médicos sienten la amenaza de un juicio por cada iniciativa terapéutica arriesgada. Ante el temor del fracaso y la consiguiente perspectiva de persecuciones judiciales, se abstendrán de salir de una práctica ya consagrada y la medicina se haría rutinaria, en perjuicio de los enfermos.

3) Las faltas técnicas de los médicos no pueden ser juzgadas en los tribunales por magistrados abogados y, por consiguiente, sin la preparación científica suficiente para apreciarlas con precisión.

4) La medicina no es una ciencia matemática capaz de ser sometida a normas; es un arte conjetural y en renovación continua, lo que hace difícil, cuando no peligroso o injusto, juzgar técnicamente los actos profesionales, pues el error de hoy suele ser la verdad de mañana.

Estos y otros argumentos carecen de consistencia dialéctica y no he de detenerme a refutarlos, pues lo ha hecho ya la jurisprudencia sobre el punto. Actualmente, tienen apenas un interés histórico o doctrinario, consagrada como está la responsabilidad médica en caso de culpa.

ASPECTOS ETICO Y JURIDICO DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA

“El problema de la ética ha establecido entre los médicos a través del tiempo y desde los lejanos días hipocráticos, imperativos categóricos sin cuya vigencia el ejercicio profesional abdicaría de todo lo que tiene de entrañable y noble para convertirse a una práctica casi veterinaria” (4).

a) *Aspecto ético.*— Los preceptos morales que gobiernan la conducta de los médicos deben asegurar a los pacientes un trato profundamente humano, hecho a base del respeto a la vida, el temor a la muerte y el alivio y consuelo del dolor y el sufrimiento.

Creo que hay unidad de criterio en el seno de cualquier sociedad civilizada para reconocer, que sin una sólida base moral es imposible crear una conciencia médica responsable. La preparación científica y técnica es importante en medicina, pero lo

(4) BUSTAMANTE RUIZ, Carlos Dr.: Boletín Colegio Médico del Perú Nº 2. Pág. 57.

es mucho más la sublimación del acto médico, por el culto de ideales superiores y la regulación de la conducta por normas que protejan al médico ante su propia conciencia, de los inevitables contrastes que ha de sufrir en su práctica profesional. La lucha desafortunada contra la muerte los dejaría a menudo en condición de homicidas, sino fuera porque a través de los preceptos morales que aseguran un ejercicio honesto de la profesión, quedarán absueltos de toda culpa al considerar el empeño, la noble intención y el empleo de los mejores recursos disponibles por el arte y por la ciencia.

Me importa recordar, al ocuparme de los aspectos éticos de la práctica médica, que el más grande precepto moral a este respecto consiste en la obligación de saber, con plenitud permanente, todo lo que concierne al quehacer de cada día. El médico está obligado a saber tanto como el que más, por razones obvias, pero singularmente por el derecho a la vida de todos y cada uno de sus pacientes, y por ello el estudio y conocimiento de las modernas y últimas investigaciones, es una obligación moral. El médico siempre debe luchar contra la rutina y el conformismo, y como contraste debe buscar la inquietud y necesidad espiritual de superar los niveles académicos y científicos de ayer.

Los trasplantes de órganos son una demostración de como alternan, el meritorio intento de arrebatarse vidas a la muerte, o de aliviar postreros sufrimientos, con atrevidos ensayos y aventuras operatorias.

Pero con respecto a estos trasplantes de órganos, se plantean tremendos interrogantes a la conciencia universal, acerca del momento de la muerte y de los plazos perentorios de la vida, lo que da lugar muchas veces a una publicidad interesada con fines utilitarios que tergiversan la ciencia médica, con un grave daño moral para los buenos médicos, y en última instancia con descrédito y desprestigio para los autores de tales prácticas.

El médico está sujeto a imperativos morales, es decir la posición del médico frente a su propia conciencia. El facultativo por su quehacer diario se enfrenta a contingencias desafortunadas y penosas. Añadidas estas circunstancias, a la evidente limitación de su conocimiento, aunado ello a lo que depara el destino a cada ser, se comprenderá mejor que debe haber en todo buen médico un censor intolerante con su propia conciencia.

El médico debe reflexionar acerca de la servidumbre humana a que lo obliga su vocación, y por ello debe tratar de perfeccionarse, mejorando los métodos diagnósticos, perfeccionar procedimientos quirúrgicos, siempre con la idea de resolver la incógnita de la salud alterada, más no para alardear de exceso de tecnicismo o de singular destreza, o lo que es peor para explotar con fines de lucro, los sufrimientos de sus pacientes, arriesgando su vida innecesariamente. Semejante imperfección de la conducta humana, felizmente no es general; por ello el médico debe obrar de acuerdo a lo que dicte su conciencia, pero interpretado siempre en razón de su experiencia y su ciencia, y siempre teniendo como meta el bien del enfermo, lo que debe anteponer a cualquier consideración de otro orden.

El estar bien informado no es sólo obligación moral para el médico sino que es de gran valor práctico, ya que se evitará cometer errores por ignorancia. En lo que respecta a la negligencia, es así mismo una obligación moral dedicar tiempo e interés necesario para todos sus pacientes. Está demostrado que los errores de diagnóstico y fallas en el tratamiento, se deben a faltas de observación, por el poco tiempo e interés dedicado al paciente.

Insistiendo en el aspecto moral concerniente al derecho a la vida, debe recordarse que ésta es el primer patrimonio del hombre, y siendo el médico cuidador y defensor de ese patrimonio, debe importarle conservarle con amor y sabiduría creciente. Es lamentable hacer notar que no siempre es atendida esta obligación con el sentido de responsabilidad que le corresponde. Tal es el caso de los médicos que utilizan la propaganda inmoral, en la cual suelen caer algunos facultativos y que es necesario combatir.

La publicidad que tanto éxito da al comercio, ha sido también adoptada por algunos facultativos. Desde luego el aviso periodístico concretado al nombre, títulos serios, domicilio y especialidad del médico, es perfectamente lícito y útil para el público. Pero muchos profesionales de esta ciencia, no se limitan a ello, cayendo ya en lo inmoral y comercial, con avisos llamativos de tamaño y lenguaje, letreros detonantes, anuncios de curas maravillosas, remedios infalibles, en fin todas las formas del charlatanismo, evidenciando tan sólo el propósito de atraer incautos, que desgraciadamente, en estos casos, abundan.

La gama de este charlatanismo de la publicidad, es enorme y variada: avisos con títulos inventados o ambiguos; espe-

cialidades las más diversas; prematuros reportajes en los diarios sobre descubrimientos o inventos maravillosos en discusión o rechazados en el mundo científico y olvidados bien pronto; promesa de tratamientos infalibles, de panaceas, de sistemas propios, para las más variadas enfermedades crónicas.

Todo ello debe ser repudiado por la dignidad profesional, perseguido por la moral y castigado por la ley. Desgraciadamente no siempre es así, pues hay una gran tolerancia cómplice para todo esto. Un procedimiento eficaz sería quizá que se prohibiera la publicación de avisos de carácter médico de profesionales o de específicos que no tuvieran la aprobación previa de las autoridades de salud o del Colegio Médico.

Para terminar con el aspecto ético mencionaré, que los tres puntos fundamentales sobre el que descansa el ejercicio legal de la medicina son: saber, respetar la vida y servir al prójimo.

b). *Aspecto jurídico.*— Es necesario examinar objetivamente la posición del médico ante la ley. Si bien es tarea difícil interpretar el espíritu de las leyes, más aún, lo será una discordancia entre la responsabilidad médica y la responsabilidad jurídica. Sin embargo es de esperar que en un futuro cercano la medicina y la jurisprudencia se ayuden mutuamente a resolver interrogantes planteados por situaciones de hecho y de derecho, en una sociedad que se renueva rápidamente como consecuencia del inmenso desarrollo tecnológico.

En el ejercicio de la medicina se producen situaciones difíciles. El secreto profesional puede ser faltado por mandato de la ley; los abortos terapéuticos son considerados, de acuerdo a la legislación de cada país, y es así que puede ser un delito penado por la ley en un país, y en otro se legitima por la sola decisión de la futura madre.

La medicina legal puede ayudar a los jueces a descubrir, notificar y sancionar delitos contra la vida, así como la jurisprudencia médica puede ayudar a la sociedad a defender sus derechos frente a la práctica criminal o a la negligencia de algún médico.

En el título anterior al hablar de las enfermedades yatrogénicas, hemos visto que es prácticamente imposible evitar el daño yatrogénico. El efecto terapéutico y el efecto tóxico de las medicinas tienen una frontera muy sutil y por tanto puede afirmarse cuán difícil es aún para los médicos más experimentados, precisar en casos semejantes cuánto puede haber de ignorancia

o negligencia en la conducta de un facultativo. ¡Cuánto más difícil será para los legisladores y los jueces, dictar leyes o pronunciar sentencias, para castigar estos hechos, o para defender una sociedad!

Por todas estas consideraciones, propongo la creación de un Organismo Asesor, conformado por abogados y médicos, que tengan conocimientos especializados en ambas ciencias. Pretendo un cuidadoso análisis de los hechos por parte de la justicia, para proceder en la forma más justa. Que se evite el sensacionalismo y publicidad cuando se quiera aplicar la ley. Una publicidad exagerada puede originar un clima emocional deformado, por insuficiencia de datos exactos y de conocimientos precisos, y podría determinar que se dicten sentencias injustas.

Creo que es necesario que la medicina y el derecho, se integren más cada día en una doctrina homogénea y más profunda. Mayores conocimientos de parte de ambas profesiones acerca de la ley o del acto médico, servirán para establecer una legislación adecuada, y al mismo tiempo para evitar la aventura científica, por respeto a los derechos del hombre y a su individualidad física y moral.

Como consecuencia de ello y teniendo en cuenta que velar por la salud pública, es deber fundamental del Estado, pues todo ser humano sin excepción, necesita de los servicios médicos desde que nace hasta que muere, creo que es necesario incluir el Derecho de la Salubridad como una rama más del Derecho. Esto, naturalmente, exigiría la creación de una Cátedra de "Derecho de la Salubridad" en el Programa Académico de Derecho.

En cuanto a la responsabilidad jurídica, ésta se acrecentará cada día más y más, porque es reclamada constantemente por la ciudadanía.