

Humana y la Relación Médico-Paciente. Hemos vivido en los últimos 20 años, pero de manera más acelerada en los últimos diez, un cambio muy importante en la práctica médica de nuestro país.

Los cambios se han realizado sobre la base de sustituir la comunicación médico-paciente por una serie de instrumentos tecnológicos y todo parece indicar que los médicos, en vez de reflexionar sobre la relación con nuestros pacientes, están tomando medidas defensivas para protegerse de eventuales demandas.

Es muy importante retornar a uno de los elementos básicos de las terapias: la relación médico-paciente. Todos conocemos los efectos que tiene esta relación cuando es adecuada y sólo se trata de acompañar y escuchar al paciente. Desafortunadamente, esa relación en vez de fortalecerse parece que cada día se hace más débil.

En esos términos, me parece adecuado que la CONAMED, que tiene como función conciliar con las partes cuando hay discrepancias, retome este problema y fortalezca nuestro conocimiento sobre la relación médico-paciente y de cómo juega en esa relación lo que es la comunicación humana.

Felicito a la CONAMED por estar haciendo este tipo de eventos. También me parece muy importante que haya publicado, en un tiempo tan corto, los derechos de los pacientes y los derechos de los médicos. Si cada quien conoce sus derechos, probablemente podamos comunicarnos mejor entre el gremio de los médicos y la ciudadanía que son los pacientes.

Les voy a pedir se pongan de pie para inaugurar este VII Simposio.

Siendo las 9:35 del 24 de octubre de 2002 declaro inaugurado el Simposio Internacional la Comunicación Humana y la Relación Médico Paciente.

En buena hora y muchos éxitos.

### Importancia de la Comunicación Médico-paciente en Latinoamérica

**DR. LUIS JOSÉ MARTÍNEZ VILLALBA**

*Doctor en derecho y ciencias sociales, egresado de la Universidad de la República, Uruguay. Ha mantenido desde su juventud una activa militancia en la vida política de su país dentro de las filas del partido nacional: ocupó en él diversos cargos directivos. En el siguiente período de gobierno, fue vicepresidente de la Administración Nacional de Puertos. A partir de agosto de 1996, ejerció la presidencia de la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias, designado al efecto por el poder ejecutivo.*

*Ha trabajado asimismo en el periodismo y ha desarrollado actividad docente, en la enseñanza secundaria y a nivel universitario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, particularmente en Ciencia y Política Financiera. Representó al país en numerosas reuniones internacionales: en China continental, Guatemala, EE.UU., Chile y en otras naciones. Es secretario general del instituto «Wilson Ferreira Aldunate», entidad académica que honra la memoria del ilustre ciudadano y político uruguayo (1919/1988), jefe del Partido Nacional y fervoroso defensor de las libertades públicas. Actualmente Director del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social.*

Amigos y amigos todos:

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a los organizadores de esta magnífica reunión por el inmenso honor que significa haber sido invitado a pronunciar esta conferencia inaugural.

La vastedad del tema a tratar, así como mis propias limitaciones, me imponen circunscribir mi exposición a una reseña muy general de carácter jurídico, enfocada especialmente desde el punto de vista de la responsabilidad médica. Este enfoque es deliberado, puesto que será a partir de los criterios generalizados en materia de responsabilidad médica como podremos desentrañar mejor las características de la relación médico-paciente en la realidad latinoamericana actual.

Mi condición de Director del CIESS, institución que desde hace ya un buen tiempo ha venido realizando actividades académicas relacionadas con este tema, gran parte de ellas con la invaluable colaboración de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México, me permiten valerme del conjunto de reflexiones, opiniones y enseñanzas vertidas en nuestra casa de estudios en los tiempos recientes.

La descripción que haré seguidamente debe mucho, en consecuencia, al conjunto de colaboradores del CIESS y de la CONAMED, así como a un grupo de maestros y estudiosos del Derecho en el escenario latinoamericano que han dejado honda huella en esta materia. Entre ellos me permito citar en primer término al ilustre jurista uruguayo Francisco Gamarra, al maestro colombiano Fabio Morón, al panameño Valencia Moreno, autor de un trabajo reciente de vivo interés, a los argentinos Mosset Iturraspe, Bueres y Lorenzetti y a los esforzados compiladores de pronunciamientos provenientes de la Corte Constitucional de Colombia, entre tantas otras fuentes en las que pude conocer algunos de los aspectos, en el orden de estas relaciones jurídicas a que nos vamos a referir, que deseo compartir seguidamente con ustedes.

### 1.- Naturaleza jurídica de la relación médico-paciente.-

La relación entre el médico y el paciente ha sido habitualmente tratada, desde el punto de vista del derecho civil, en el marco de la regulación de los contratos. La figura del arrendamiento de servicios es aquella donde más apropiadamente encaja dicha relación. En efecto, desde el momento en que el paciente se presenta ante el profesional de la medicina requiriendo sus servicios y éste acepta brindarlos, se crea un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas semejante al que existe en los demás casos de prestación de servicios, ya sean profesionales o de otro carácter.

Lo expresado hasta aquí debe matizarse al menos con dos precisiones. En primer término, la relación del médico con su paciente no es siempre fruto de un acto de voluntad, y en tal sentido constituyen casos típicos los accidentes y situaciones de emergencia en general, cuando la asistencia es brindada sin requerimiento de la víctima. En segundo lugar, y crecientemente en nuestra realidad contemporánea, se interpone por regla general en la relación médico-paciente una institución prestadora de servicios médicos, de modo que la persona que recibe el servicio establece, primordialmente, su vínculo jurídico con la institución y, hasta cierto punto de un modo subsidiario, con el profesional. Por regla general, cuando en lo sucesivo nos refiramos a la relación médico-paciente, tendremos igualmente presente a la institución organizadora de los servicios entendiendo que forma una unidad con el médico, aunque esto no sea estrictamente así en el plano jurídico.

Al definir la relación médico-paciente desde un punto de vista jurídico, tomamos pues en cuenta primeramente los rasgos más salientes de esa relación en la habitualidad de su concertación y de su desarrollo. Así entendida, perfila un vínculo disciplinado por el derecho civil: la obligación del médico consiste esencialmente en emplear todos los medios a su alcance, acordes con sus conocimientos y los avances registrados por la ciencia, a fin de dar un diagnóstico y en su caso prescribir las medidas terapéuticas que fueren necesarias. La medicina –se sabe– es una ciencia conjetural, y el diagnóstico es el más conjetural de todos los actos médicos, según la expresión de Dorsner-Dolivet. El concepto de aleatoriedad cuadra pues perfectamente a la naturaleza de la actividad médica. Allí donde no hay certidumbre sino duda, incluso si ésta ocupa una pequeña proporción, no puede comprometerse un resultado.

Existen sin embargo reglas que el profesional debe aplicar y observar cuidadosamente: así por ejemplo en lo concerniente al diagnóstico, reglas sobre las cuales no voy a extenderme puesto que en general son ampliamente conocidas por ustedes. En cuanto al propósito final, esto es al objetivo de la obligación a la cual nos venimos refiriendo, es el de curar al enfermo, entendido ello en su verdadera acepción que no es otra que procurar que recupere la salud o, cuando ello no es posible, su mejoría hasta el límite en que la situación lo permita. Así pues, el médico no asume una obligación de resultado sino de medios: no se com-

promete a sanar al enfermo, sino a poner todos los medios a su alcance para ello. Este principio, que es de vital importancia, debe ser ratificado cuidadosamente, pues de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza misma del deber profesional y se pondría sobre las espaldas del médico una obligación insoportablemente onerosa, tanto económica como moralmente.

## 2.- Distintos enfoques del derecho sobre la relación médico-paciente.

El enfoque civilista no es, sin embargo, el único pertinente sobre esta materia. Es sabido que la autoridad pública, generalmente a través de las Secretarías o Ministerios de Salud Pública, regula la prestación de los servicios médicos desde el plano del derecho administrativo: así, impone condiciones para dichos servicios en lo tocante a su calidad, continuidad, salubridad, higiene, etc.. De modo similar, prescribe medidas de carácter profiláctico que son obligatorias para la población y se imponen a su voluntad, como ocurre en las campañas de vacunación, por sólo citar un ejemplo.

Por su lado, el derecho penal regula lo atinente a los delitos que pueden cometerse en ocasión del ejercicio profesional médico. No es frecuente que tales delitos, cuando son imputables a los profesionales, tengan carácter doloso, esto es que se produzcan con la efectiva intención de provocar un daño. Lo que sucede con mayor asiduidad es que existen conductas configurativas de culpa médica, en las cuales la pérdida de la vida, de un sentido, de un órgano o de la integridad corporal del paciente debe ser atribuida a negligencia, impericia, imprudencia o alguna otra violación de la *lex artis*, entendida ésta como el conjunto de prácticas generalmente reconocidas y regularmente aplicadas por la ciencia médica ante determinadas situaciones. Por tanto, y como regla general, no existirá culpa del médico, aun cuando el resultado difiera del previsto, si ha actuado de conformidad con la *lex artis*; y habrá culpa médica en el caso contrario, esto es cuando la conducta del profesional haya contravenido las reglas respectivas. De todas maneras, y volveremos sobre este punto más adelante, el rigor con que la observancia de la *lex artis* debe ser examinada puede ceder ante circunstancias tales como una emergencia o un tratamiento nuevo o experimental, dependiendo de la situación concreta y de la prudencia con que el médico actúe.

Asimismo, el derecho procesal tiene a su turno un papel trascendente en la delimitación de las responsabilidades, cuando ellas deben ser dirimidas ante los tribunales. Su importancia resalta de modo particular en oportunidad de definir a quién incumbe la carga de la prueba, esto es cuál de los litigantes tiene la obligación de probar los hechos sobre los que se discute.

¿De qué manera se expresa el derecho cuando fija los marcos normativos de la relación médico-paciente?. En primer término, a través de la legislación, entendida como el conjunto de normas de carácter general y abstracto que

regulan la convivencia de los sujetos de derecho: en tal sentido incluye también a las normas constitucionales, de rango superior a la ley *stricto sensu*, así como a las normas reglamentarias (decretos y resoluciones), a condición de que revistan aquellos caracteres de generalidad y abstracción. La legislación es así fuente del derecho en el sentido clásico de esta expresión, es decir punto desde el cual emana el orden jurídico.

Sin embargo, la ley en sí misma no proporciona siempre soluciones completamente inequívocas. Por ello es preciso realizar una tarea de interpretación que establezca con mayor firmeza el significado de las normas que se debe aplicar. Esta tarea corresponde en gran parte a la doctrina, es decir al conjunto de enseñanzas y escritos de los especialistas que enseñan el derecho en sus diversas ramas. Puesto que hay en juego opiniones que recaen sobre puntos oscuros, frecuentemente los criterios de los autores no concuerdan, por lo menos hasta el momento en que, por regla general, llega a producirse un cierto grado de unificación en los puntos de vista, a lo que da en llamarse *doctrina más recibida*. Así, las enseñanzas de la doctrina, cuando alcanzan un cierto nivel de uniformidad, constituyen un auxiliar invaluable en la interpretación del derecho. No obstante, como fácilmente se advertirá, esa interpretación es a menudo cambiante en función de circunstancias de tiempo y de lugar. Un ejemplo típico de tales cambios lo ofrece un cierto sector –minoritario– de la doctrina argentina, en tanto cuestiona, en grado no menor, que la obligación del médico sea una obligación de medios, como generalizadamente se sostiene y hemos afirmado con anterioridad.

Finalmente, es preciso tener en cuenta la acción de la jurisprudencia, consistente en el conjunto de fallos de los tribunales, los cuales, a través de las regularidades que con el tiempo comienzan a advertirse en ellos, van fijando por su lado también la interpretación de las distintas normas jurídicas. Varios ejemplos pueden traerse a colación para mostrar la importancia que los pronunciamientos judiciales tienen en esta materia: entre los más notables, un célebre fallo de la Corte de Casación italiana (1978) determinó que, cuando se trata de intervenciones quirúrgicas rutinarias y de fácil ejecución, el fracaso en relación con el resultado esperable hace presumir la culpa médica. De similar carácter es la vieja doctrina anglosajona del *res ipsa loquitur*, que en esencia sienta el criterio de que un resultado distinto del que era dable esperar conforme a la experiencia, no debería haberse producido a menos de existir culpa por parte de la persona que lo provocó.

### **3.- Peculiaridades de la relación médico-paciente desde el punto de vista jurídico. La influencia de los factores éticos y sociales. De la desigualdad a la igualdad.-**

La relación médico-paciente, sin embargo, no puede ser fácilmente subsumida en la categoría genérica de un contrato de servicios. Cada vez más nítidamente, las particulari-

dades de dicha relación permiten afirmar que el contrato de prestación de servicios médicos es ya una categoría perfectamente identificable en el derecho positivo. El objeto y finalidad de la prestación de servicios médicos la singularizan de un modo incuestionable. Por lo pronto, la significación de la pérdida de la vida o de la integridad corporal (riesgos latentes en numerosas intervenciones médicas) admite por regla general escasas comparaciones con la pérdida de otros bienes o derechos de la persona humana. En segundo lugar, pocas profesiones imponen a sus integrantes exigencias éticas de la magnitud de aquellas que son inherentes al ejercicio de la medicina. En tercer término, los estándares técnicos son más objetivos que en otros ámbitos, fenómeno éste particularmente novedoso y que obedece en lo esencial a los notables progresos científicos y a la mayor precisión diagnóstica y terapéutica que ellos aparecen. Por último, es preciso tomar en cuenta la evolución rápidamente operada en unos pocos decenios respecto a la posición en que el médico y el paciente se hallan el uno en relación con el otro.

Desde que la reparación del daño moral se impuso definitivamente en la jurisprudencia, con un alcance poco menos que universal, la magnitud de las reclamaciones que cada año se formulan ante los tribunales por presuntos casos de mala praxis, no ha dejado de incrementarse. Hace sólo unos cuantos lustros, las demandas por ejecución defectuosa de la prestación médica podían considerarse excepcionales en América Latina. No ocurría por entonces lo mismo en los Estados Unidos, país en el que, de larga data, se había ido generalizando el hábito de demandar por parte de los pacientes o sus deudos a las instituciones médicas y a los propios médicos por aquellos motivos. Al menos en dos oportunidades –en los años setenta y de nuevo en la década siguiente– las leyes norteamericanas pusieron sucesivamente límites al monto de las demandas que podían ser instauradas sobre esta materia; una de las consecuencias de la “industria de los juicios por mala praxis” había sido el enorme encarecimiento de los servicios médicos en virtud de los cuantiosos seguros que los profesionales contrataban para cubrirse de eventuales reclamaciones. El proceso fue semejante y en cierta medida contemporáneo en el continente europeo.

América Latina no podía ser pues la excepción en esta corriente, y de tal modo existe ya una vasta jurisprudencia, con diferentes alcances según los países, respecto a esta cuestión. Adicionalmente, los códigos de ética médica fueron acusando con el paso del tiempo el mayor rigor en las exigencias a que quedan sujetos los integrantes de la profesión. Emparentado con la vieja tradición de los juramentos, oraciones y plegarias de los médicos, esos códigos han expresado a través de la historia los sentimientos compartidos por los miembros de la profesión. Se trata, como surge de lo expresado, de un conjunto de normas emanadas de los propios médicos. Es forzoso vincular a tales códigos con el

juramento hipocrático: en éste, la definición de las relaciones del médico con la familia del paciente, las instrucciones que contiene, las facultades acordadas al médico con relación a las peticiones de sus pacientes y la forma como debe tratar las confidencias de éstos, expresan una concepción paternalista que dominó por milenios el carácter de las relaciones médico-paciente. Ya entrados en el siglo XIX, el clásico tratado de Percival, aunque dirigido esencialmente a la atención hospitalaria, cumple funciones reguladoras de la ética profesional semejantes a las de los códigos sobre la materia. Esta última concepción, de origen británico, impregnó los preceptos éticos que los Estados Unidos de América adoptaron en adelante. Pero buena parte de estas ideas habrían de cambiar.

Aunque signados por la sobrevivencia de criterios paternalistas que, en lo tocante a la relación del paciente con su médico expresan todavía una relativa superioridad de éste último, los preceptos reguladores de la conducta que deben observar los galenos, incluso emanados de los propios integrantes del gremio médico, acusan fuertemente hoy el efecto de puntos de vista distintos desde los cuales la sociedad contemporánea examina aquella relación. Si esto ocurre en ese terreno, un proceso semejante no habría podido dejar de producirse en el campo del derecho positivo. Puede afirmarse que en América Latina, aunque más tarde que en otras partes, la doctrina y la jurisprudencia — a las cuales nos hemos referido con anterioridad— han atribuido a las viejas disposiciones de la mayor parte de nuestras leyes un significado más acorde con los requerimientos sociales de hoy. Por ello vale la pena identificar aquí algunas características esenciales de la relación médico-paciente tal como ella es percibida en la actualidad en nuestros países. Esa percepción se vincula, según se acaba de señalar, con nuevos paradigmas sociales, nuevos hábitos, nuevas formas de conocimiento y realidades culturales igualmente nuevas.

El avance prodigioso de la ciencia convierte a la actualización permanente de los conocimientos en una obligación, mucho más intensamente que en el pasado. Se llega a exigir inclusive, en ciertos casos y en algunos ámbitos, la revalidación periódica de dichos conocimientos. La exigencia en esta materia puede ser menos rigurosa cuando el profesional reside en lugares apartados, pero en todo caso ella debe ser apreciada en relación con las circunstancias y no cesa aun dentro de tales limitaciones. De modo paralelo ha comenzado a ampliarse el elenco de las obligaciones de resultado, las cuales, si bien no son de la esencia del servicio, coexisten frecuentemente con éste: la falta del conteo de los materiales que debe hacerse antes y después de una intervención, o la omisión en verificar el estado de los equipos que se utilizan con motivo de las diferentes operaciones médicas constituyen, a vía de ejemplo, casos claros — y graves— de incumplimiento de sendas obligaciones.

La generalización de estándares técnicos ampliamente difundidos vuelve crecientemente verosímil la hipótesis de

que, en aquellas intervenciones rutinarias y de fácil ejecución, debe esperarse regularmente un resultado exitoso. Sin que ello implique transformar la obligación del prestador del servicio en una obligación de resultado, frecuentemente la carga de la prueba recaerá sobre él, ya fuere por aplicación del criterio sentado en su momento por la jurisprudencia italiana (al que nos referimos con anterioridad), ya sea mediante la invocación de la regla *res ipsa loquitur*, ya —como viene ocurriendo frecuentemente en la Argentina— porque se aplica la teoría procesal de las “cargas probatorias dinámicas”. Esta teoría nació, por cierto, fuera del derecho médico, y en lo esencial postula que cuando las circunstancias colocan a una de las partes en una situación notoriamente mejor que la otra para aportar la prueba del hecho litigioso, aquella tendrá finalmente la carga de producirla, aunque estrictamente tal carga, en principio, habría debido recaer sobre su contraparte. Esta doctrina fue aplicada inicialmente en el derecho de familia para exigir a los padres cuyos ingresos resultaba imposible probar no obstante la existencia de elementos presuntivos, que presentaran las pruebas de tales ingresos a fin de habilitar el pleno ejercicio del derecho alimentario por parte de sus descendientes. Trasladada al campo de los servicios médicos se traduce en la obligación de los profesionales, o de la institución prestadora del servicio, de acreditar haberse cumplido las medidas técnicamente apropiadas así como el cuidado y prudencia exigibles según las normas aplicables y la ética de la profesión.

Finalmente, como expresión especialmente notable de los cambios operados en este campo, debe consignarse el creciente trato de igualdad que la ley y la práctica vienen asignando al médico y al paciente en el desenvolvimiento de su relación. Algunos cuantos años atrás una reveladora encuesta mostraba que, en Canadá, la comunidad médica se inclinaba en un porcentaje significativo por afirmar que el grado de verdad acerca del estado de salud que el médico debía transmitir al paciente, quedaba en principio librado a la prudencia de aquél. Este criterio se emparenta con la vieja idea del *privilegio terapéutico*, emanada de una concepción paternalista de la medicina, hoy definitivamente superada. El deber de veracidad en relación con el paciente prevalece hoy sobre cualquier otra consideración: el peligro de que pueda sufrir depresión y otros estados negativos a los efectos de su eventual y posible recuperación, es un riesgo que debe ser asumido (salvo circunstancias completamente excepcionales) en virtud de la trascendencia y primacía del derecho a conocer la verdad. La simple mentira piadosa cede también hoy frente a las nuevas concepciones: actos jurídicos tan importantes como el matrimonio *in extremis* o el testamento, por sólo citar algunos casos, podrían dejarse de cumplir por personas que ignoran el verdadero pronóstico acerca de su estado, aparejando a veces consecuencias opuestas a las que ellas mismas habrían deseado producir si hubiesen conocido la verdad.

Probablemente, la expresión más notable de los cambios que se han operado en la relación médico-paciente es el desarrollo y aplicación práctica del concepto conocido como consentimiento informado. Esta expresión designa la obligación del médico, y el correlativo derecho del paciente, a dar, el primero, información apropiada y completa y a recibirla por parte del segundo acerca del diagnóstico, el tratamiento y el pronóstico. Aunque moderado según las circunstancias (por ejemplo entre otros supuestos en el caso de los menores de edad) el derecho del paciente no admite retaceos. Las personas adultas recordarán sin duda los tiempos en que los médicos brindaban frecuentemente una información fragmentaria e inclusive falsa, en este último caso con el loable propósito –por regla general– de evitar al enfermo sufrimientos mayores en el orden psíquico. Estas costumbres derivaban de un sentido paternalista de la medicina y procedían sin duda de tiempos remotísimos, cuando el saber médico contenía para los profanos elementos inescrutables y rasgos hasta cierto punto esotéricos.

En pocos años, sin embargo, si tomamos en cuenta el desarrollo secular de la ciencia médica, las leyes han comenzado a prescribir la obligación de informar de modo exhaustivo y completo al paciente, de modo que los riesgos de una determinada terapia, al igual que el diagnóstico y las posibilidades de restablecimiento, puedan ser conocidas previamente a fin de que aquel pueda adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa. Esta obligación existe en todos los casos, pero es más intensa cuando se trata de actos médicos de carácter invasivo. La consecuencia de la omisión por parte del médico es que, si se produce un resultado perjudicial para el paciente, el galeno podrá ser llamado a responsabilidad, inclusive en el supuesto de que el daño sobrevenido formase parte de los riesgos habitualmente inherentes a dicho acto médico. Es lo que, con un lenguaje gráfico aunque escasamente técnico, suele denominarse “la transferencia de los riesgos”: esto es, el riesgo que, bajo circunstancias normales, habría recaído –en el sentido jurídico– sobre el paciente, deberá ser soportado por el médico.

La generalización del consentimiento informado en la legislación (entendida en el sentido lato que le dimos con anterioridad), ha conducido en muchas partes a simplificar el cumplimiento de la obligación mediante la confección de formularios. Una gran parte de éstos carecen sin embargo de valor, dado que no pueden atribuirse los efectos del consentimiento informado a cualquier clase de documento. Así por ejemplo, menciones genéricas del tipo de que el paciente ha recibido información apropiada acerca de una intervención incluyendo los riesgos eventuales y que acepta someterse a ella, no prueban en absoluto que recibió efectivamente toda la información necesaria. Como se dijo antes ella debe ser amplia, exhaustiva y precisa; pero además debe ser expresada en términos inteligibles de conformidad con la capacidad y el nivel cultural del paciente.

Puesto que no resulta admisible la simple mención genérica, carente de todo detalle, acerca de haberse informado

sobre los riesgos; y puesto que resultaría prácticamente imposible una enumeración de absolutamente todos los riesgos que podrían sobrevenir, se trata de informar sobre los efectos *más probables y más significativos*. La expresión “riesgos significativos” describe a nuestro juicio de un modo apropiado cuál debe ser el objeto de la información. Tales riesgos no son por cierto los mismos en todos los casos, aun cuando se trate de situaciones similares. Una operación en las manos tiene una excepcional significación para un pianista, y otro tanto ocurre con la operación de las cuerdas vocales en el caso de un cantante profesional, o de las piernas de una bailarina o de un futbolista. Los ejemplos podrían multiplicarse indefinidamente, pero los señalados pretenden ilustrar sobre el verdadero alcance de la expresión “riesgos significativos”.

No hay que pensar, con todo, que la falta de firma de un documento por parte del paciente implica forzosamente que éste no ha dado su consentimiento informado. Pero, a menos de mediar una honesta confesión, le resultará muy difícil al médico, una vez que el daño se haya producido, acreditar que en efecto brindó con anterioridad la información necesaria. En consecuencia, es recomendable la utilización de formularios que no dejen duda en cuanto al propósito que se persigue y que contengan, además de menciones generales, una relación de los riesgos significativos inherentes al acto médico de que se trate. El formulario debe ser firmado personalmente por el paciente; en caso de imposibilidad deberá firmar otra persona a su ruego; y en las emergencias, algún familiar, cuando ello sea posible.

Un problema interesante se plantea cuando una operación llega a extenderse o ampliarse respecto a lo inicialmente consentido. En principio, dicha extensión no está permitida. Por tanto, cuando ello pueda ser previsto, la eventualidad de esa extensión o ampliación deberá informarse – y ser autorizada– también con anterioridad.

Las situaciones de estado de necesidad, cuando se configuran efectivamente en ese carácter, son la excepción más notoria al deber de información. Frecuentemente la persona que es víctima de un accidente de tránsito, o de otra forma recibe heridas que ponen en peligro su vida, llega al centro asistencial en estado de inconsciencia, o bien en una situación de “shock” que no permiten interrogarla acerca de su voluntad. Hallándose en inminente riesgo de vida, es preciso que reciba asistencia sin dilación, a través de todos los medios disponibles que puedan conducir a su restablecimiento. De manera similar, la ley suele exceptuar de la obligación de información, e inclusive autoriza a actuar contra la voluntad de la persona, cuando median razones de interés general (vacunas, casos de epidemias y similares) las cuales se sobreponen, por su naturaleza y entidad, al interés personal o al punto de vista de cada sujeto en particular. Los fieles que profesan la religión de los Testigos de Jehová, quienes se niegan a recibir transfusiones precisamente en razón de sus creencias, han provisto una serie de ejemplos interesantes y controvertidos en esta materia.

La mención a este grupo religioso, que reivindica el derecho a la libertad por encima incluso del derecho a la vida, nos trae precisamente ante las preguntas cruciales desde un punto de vista filosófico. ¿En qué se funda la obligación del médico de informar apropiadamente al paciente antes de seguir adelante y de abstenerse de actuar en caso de negativa, aun si la vida de aquel corre serio peligro? ¿En qué reposa el derecho del paciente a negarse a intervenciones que muy probablemente mejorarían su salud, inclusive si la contrapartida es el riesgo de muerte?.

Es, en efecto, el derecho a la libertad, el bien superior que se custodia al salvaguardar de tal modo la facultad de un sujeto. Las constituciones democráticas enumeran por lo general los llamados derechos esenciales de la persona humana (o derechos naturales) y, también por regla general, no establecen relación entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad. En un clásico del constitucionalismo latinoamericano ("La Constitución Nacional" de Jiménez de Aréchaga) se expresa escuetamente que "el derecho a la libertad es el más intenso y trascendental de los derechos" a que se refiere la Constitución. Menciones semejantes pueden hallarse en numerosos textos de análisis constitucional. Efectivamente, en un plano filosófico o ideológico, puede con toda razón llegar a entenderse que la libertad es el bien supremo de la persona humana. Por tanto, y sin perjuicio de las numerosas excepciones que corresponde hacer, especialmente cuando se trata de menores o incapaces, deberemos volver a la afirmación de que hay efectivamente una facultad de la cual toda persona es titular, que lo habilita a rehusar un tratamiento médico, inclusive si corre riesgo de muerte, según su libre albedrío.

#### 4.- El ámbito de las obligaciones de resultado.

Hemos visto con anterioridad que las obligaciones inherentes al acto médico entran decididamente en la categoría de obligaciones de medios. Sin embargo, crecientemente en nuestros países se impone la tesis de que, junto con los deberes que por su naturaleza son *inherentes al acto médico*, existen obligaciones de resultado que, de no cumplirse ocasionando de tal modo un daño al paciente, generan responsabilidad para el médico o, más apropiadamente para la institución prestadora del servicio. En este punto conviene distinguir precisamente a la organización asistencial de una parte, y al médico considerado como persona, de otra.

Las obligaciones de resultado cuyo cumplimiento es preciso exigir se relacionan fundamentalmente con dos categorías: las enfermedades supervinientes al acto médico y los accidentes.

Buena parte de las expresiones que utilizamos adolecen de cierta imprecisión: para el Derecho, la definición misma de acto médico dista de ser un asunto incuestionable; la expresión "accidente" se vincula al sentido vulgar de esta palabra; y la propia noción de obligaciones de resultado cede terreno, en materia de responsabilidad médica, a un concepto hasta

cierto punto más preciso (aunque no diferente en sustancia) que es el de obligación (u obligaciones) de seguridad.

A menos que hubiese mediado caso fortuito o fuerza mayor, y aun a sabiendas de que las infecciones suelen sobreenir con alguna frecuencia en el ambiente hospitalario, la circunstancia de que el paciente sufra daño por infección, a falta de conexidad de ésta con la enfermedad preexistente, debe ser imputada a la institución prestadora del servicio médico, puesto que la obligación de emplear las medidas de asepsia apropiadas implica, en caso de ser eficazmente cumplida, que tales males no deben suceder con posterioridad al acto médico.

Hace más de treinta años, la doctora Zurdo definió en el Uruguay a la obligación de seguridad como aquella que consiste en devolver al paciente indemne de otras enfermedades o accidentes. El ejemplo de las infecciones, dijimos, configura uno de los casos principales de incumplimiento de la obligación de seguridad (aunque el punto podría no estar por completo fuera de controversias). El otro –añadimos– es el de los accidentes: a menos de probarse el caso fortuito o la conducta deliberadamente irresponsable del enfermo, el hecho de que éste sufra un accidente debe ser imputado al centro asistencial, dado que –por regla general– el daño no se produciría de prodigarse al paciente los cuidados necesarios. Dentro de esta categoría deben ingresar las consecuencias patológicas de la utilización de instrumentos o aparatos en mal estado. Es obvio que la revisión, control y mantenimiento del instrumental, forman parte de las obligaciones de seguridad a que está sujeta toda institución prestadora de servicios médicos.

Las ideas aquí expresadas, aunque relativamente generalizadas en la jurisprudencia, no son sin embargo aceptadas de un modo unánime. Por una parte, están quienes reclaman también en estos casos la existencia de culpa médica para responsabilizar al profesional o al hospital. En el otro extremo están aquellos que extienden el ámbito de la obligación de seguridad (o de las obligaciones de resultado) mucho más allá, según referimos con anterioridad. Como quiera que sea, la experiencia revela elocuentemente que, en la actualidad, el conjunto de las relaciones entre el médico y el paciente están presididas por un principio de igualdad jurídica entre las partes mucho más intenso respecto al pasado, cuando la posición preeminente del médico, y en su caso de la institución, resultaba manifiesta.

#### 5.- Reflexiones finales.

Verificar de qué modo funciona en nuestra realidad continental la relación médico-paciente, desde el punto de vista jurídico y a la luz de los pronunciamientos de la doctrina y de los tribunales, conduce pues a concluir que se han producido cambios perceptibles en dicha relación. Considerada en su naturaleza, ella mantiene sin embargo una buena parte de sus rasgos esenciales. Requiere de confianza mutua; reclama un alto grado de fe en el paciente res-

pecto al profesional; exige de éste un trato respetuoso, un interés genuino y la disponibilidad del tiempo apropiado, así como una actitud considerada y amable. Aun en el marco de un frío análisis contractual, la relación que se establece no es de completa igualdad desde un punto de vista psicológico: el paciente está enfermo e ignora en principio la naturaleza de su mal. Lo que ha cambiado no es pues tanto el carácter de la relación que se establece entre esas dos personas, sino el conjunto de valores sociales en el marco de los cuales ella tiene lugar.

Sabemos por lo pronto que, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, hay una interposición creciente de organizaciones e instituciones entre el médico y el paciente. Sobre todo en las grandes urbes, el trato tiende a volverse más impersonal, tanto más cuanto que el paciente no puede siempre elegir a su médico. Por su lado, los avances científicos y tecnológicos aumentan la esperanza de sanar las enfermedades, y el nivel de exigencia en el sentido del resultado que se espera obtener de la atención médica, se incrementa por esa razón. El grado creciente de especialización impone la conformación de equipos médicos en los que el enfermo no siempre puede distinguir a aquél que lo conduce y que es finalmente el responsable de su tratamiento. Y, más importante que todo lo anterior, los cambios culturales aparejan expectativas diferentes sobre las conductas de los actores sociales y, en el caso concreto, de los médicos.

Entre un conjunto de trabajos de subido valor publicados en México en 1998 con el título "Bioética" y bajo la conducción de los doctores Manuel Velasco y Fernando Cano Valle, vale la pena retener los siguientes conceptos que pertenecen al Dr. Enrique Otero: "La paradoja, ya identificada por otros, nace del hecho de que la sociedad que en sí misma ha abandonado todas las prácticas antiguas con sus virtudes consecuentes, aún demanda a los médicos que las conserven. De esta manera, se espera que el médico sea una criatura quimérica, por un lado experto en los fabulosos conocimientos y habilidades de una ciencia moderna, y simultáneamente mantenga la humanidad, compasión, devoción, humildad y apostolados atribuidos al bueno y viejo doctor de principios de siglo". Más adelante añade que "el médico paternalista no solo está desvaneciéndose, está siendo obligado a desaparecer, ya que nuestra sociedad ha optado por las comodidades y facilidades, productos de la invención científica y las metas de una sociedad moderna: el éxito económico y la seguridad". "Si los médicos –dirá luego– se muestran técnicos, impersonales y distantes en su conducta, es que ellos como grupo reflejan a la sociedad de la que son parte". Y posteriormente: "De las razones sociales que han llevado a la denuncia de muchos aspectos de la medicina, la mayor es la mal fundamentada esperanza de que el médico podría vivir en una sociedad ultratecnológica e impersonal sin adquirir esas mismas características".

Así es en realidad el mundo en que vivimos. Se generaliza en él, el uso de los conceptos economicistas, y el ámbito cultural que nos envuelve es diferente al de antaño. La noción del paciente como consumidor, como demandante de un servicio (a cambio del cual está pagando, en forma directa y simultánea o de alguna otra manera), como acreedor de una prestación, es correlativa al cambio del concepto tradicional de ciudadano, que se trasmuta, aun insensiblemente, unas veces por el de contribuyente, otras por el de consumidor, antes citado. El "homo economicus" tiene hoy primacía en el orden social e inclusive en el plano axiológico. Aunque en el mismo sujeto quepan naturalmente todos aquellos atributos, todas aquellas dimensiones, que no son contradictorias sino complementarias, es obvio que el énfasis con que se examina (o se visualiza) al ser humano desde el punto de vista económico es hoy notablemente mayor.

Los códigos de ética médica han evolucionado hasta cierto punto en la misma dirección, aspecto éste al cual ya nos hemos referido. Aunque muchos de ellos todavía contienen preceptos indicativos de la vieja concepción paternalista, o reciben en cierto grado la noción del *privilegio terapéutico* (por ej. autorizando al médico a decir sólo una parte de la verdad, o a abstenerse de observar el deber de secreto bajo ciertas condiciones), tienden en general a recoger la vigencia de las nuevas ideas. Es sabido que los códigos, juramentos o plegarias tradicionales, estaban signados por una cierta visión de superioridad del médico. Esto ha sufrido cambios notables. Aunque circunscrita en un principio a los pacientes de los hospitales, la Carta de los Derechos del Paciente adoptada en los Estados Unidos hace alrededor de treinta años, constituye una expresión elocuente de ello. Hace algún tiempo expresaba certeramente Konold: "la responsabilidad por el desarrollo de directivas éticas concernientes a la relación médico-paciente puede estar girando desde el médico hacia la sociedad como un todo. Sólo en las contingencias no previstas por las normas vigentes, la responsabilidad de los criterios éticos sigue quedando en las manos del médico. El éxito futuro del uso de códigos éticos para controlar la práctica médica puede depender en gran parte del ajuste entre las normas éticas de los médicos y las de la sociedad en general".

Aunque la creciente interposición de demandas por actos médicos contribuya a deteriorar la relación médico-paciente desde el punto de vista de la confianza, que es uno de sus componentes más necesarios, tales reclamaciones no dejarán de producirse. No se trata ya sólo de las demandas propiamente dichas, en que una parte reclama ante la Justicia una prestación coactiva de la otra, sino inclusive de acciones, frecuentemente instituidas con rango constitucional, a través de las cuales el ciudadano exige una determinada conducta de instituciones públicas o privadas. Es bien conocido el amparo como institución propia del Derecho mexicano; y acciones de similar carácter, con rango consti-

tucional o legal, existen en diversos países de Latinoamérica, incluso de larga data: tal es el caso de Brasil, con su mandato de seguridad, Argentina, Venezuela y Uruguay, por citar sólo algunos ejemplos. El caso colombiano merece mención expresa: la acción de tutela instituida por la Constitución de 1991, ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional, exigiendo a los centros de asistencia médica prestaciones de carácter gravoso, con lo que ha planteado una serie de cuestiones apasionantes en el plano jurídico, que aquí sería imposible referir por su extensión.

Entre tanto, nuevas formas de prevenir y dirimir algunas de tales situaciones se instalan en el escenario del derecho comparado latinoamericano: el ejemplo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México es sin duda digno de ser examinado. Ustedes tendrán ocasión de hacerlo en estas jornadas, pero desde ya puede afirmarse que nos encontramos frente a un cuerpo normativo y a una institución que, reconociendo y afrontando la realidad existente, procura proveer –para ciertos conflictos eventuales– soluciones alternativas más eficaces, más equilibradas y más rápidas; y, sobre todo, propender al mejoramiento efectivo de la relación médico-paciente, a través de formas apropiadas también para la prevención y evitación de los problemas que podrían plantearse.

La experiencia de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México es seguida actualmente con interés en muchas partes de América Latina, según hemos tenido ocasión de verificarlo. Que ello esté ocurriendo, inclusive al punto de adoptarse o hallarse en vías de adopción normas relativamente semejantes en otros países, revela la enorme trascendencia que tiene en la actualidad el conocimiento por parte de los médicos del conjunto de disposiciones legales reguladoras de su actividad. En ese sentido, todas aquellas instituciones que, de una manera directa o indirecta, propenden a extender y difundir tales conocimientos cumplen sin duda una función de alta relevancia social.

### Fronteras filosóficas de la medicina

**DR. LUIS FERNANDO MACÍAS GARCÍA**

*Sociólogo por la Universidad Autónoma Metropolitana. Maestría en la Universidad de Lovaina. Doctorado en Sociología del desarrollo en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), con una tesis sobre la modernización rural en México. Profesor titular "A" de la Universidad de Guanajuato y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Fue jefe de planeación y evaluación en la Secretaría de Educación del Estado de Guanajuato. Consultor sobre políticas comunitarias en la misión de México ante la Unión Europea en Bruselas. Es miembro del consejo directivo de la Fundación Ecológica de Guanajuato y de la Fundación Ecológica Oikos de Venezuela.*

*Consejero Electoral del Instituto Federal Electoral para el estado de Guanajuato, 1997, 2000 y 2003. Profesor en diversas universidades. Actualmente secretario técnico del Consejo Estatal de Población de Guanajuato.*

Los tiempos nuevos dirigen la atención hacia un conjunto de nuevos enfoques en los distintos ámbitos de la llamada ética aplicada –la bioética, la genética, la ética de la empresa y de la educación, la ética de la información y la ecoética–. Esta renovación conceptual ha sido inducida, en buena parte, por la necesidad de incluir esquemas multidisciplinarios para la comprensión del hombre como un interlocutor válido al que es imperativo tener en cuenta en las decisiones que le afectan, y que es en definitiva la exigencia de influir tanto en la dirección como en el ritmo de pautas democráticas en sus diversas manifestaciones.

Los nuevos enfoques analíticos de la bioética pasan a ocuparse, principalmente, de la rica gama de fenómenos vitales, desde las cuestiones ecológicas a las clínicas, desde la investigación con humanos al problema de los presuntos derechos de los animales. Se trata, pues, de suministrar información útil para ejercer la doble dimensión de cada persona: la dimensión de *autonomía*, por la que se es capaz de conectar con todo otro hombre, y la de *autorrealización* que a cada uno conviene estableciéndose un espacio entre universalidad y diferencias, *comunidad humana e irrepetibilidad personal*. Hombre y Sociedad. En este contexto, –que se espera público– la educación sigue siendo ese ámbito conciliador donde los diálogos podrían empezar a ser los que nos ayuden a encontrar lo más entrañablemente humano (A. Cortina, 1993), y que auspician la investigación de la dimensión social de la ética aplicada y la democracia desde una perspectiva interdisciplinar en el ámbito de las llamadas ciencias de la salud. Veamos en primer lugar, la bioética como un modo de enfocar la ética desde la defensa de la vida amenazada, que requiere, para ser responsable, operativizarse en derecho y política.

Para captar orígenes comunes, nos tenemos que remontar a las raíces de la bioética que descubre exigencias morales y que tales exigencias, reclaman un correspondiente bioderecho, que ponga las condiciones para hacer efectiva su satisfacción al interior de un ordenamiento jurídico, y una biopolítica, que organice internacionalmente las instituciones y mecanismos para dar cauce a la efectiva satisfacción de las exigencias morales (D. Gracia, 1991).

A su vez, los principios de la bioética, a diferencia de otras formas de ética aplicada, se han ido enriqueciendo con unos principios éticos específicos, que van siendo reconocidos universalmente. Con ello el procedimiento de la ética aplicada no puede consistir en tomar unos principios con contenidos de una supuesta Ética General y en aplicarlos a los problemas de decisión, sino en indagar en cada actividad concreta qué principios y valores se han ido gene-