

EL DERECHO Y LA MEDICINA DEL SIGLO XXI

LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL MEDICO SANITARIO

(Nuestro agradecimiento a Lourdes Sesma por permitirnos publicar este artículo)

En la actualidad escribir sobre la responsabilidad medico sanitaria puede llevarnos a muchas variaciones sobre un mismo tema sin, por ello, encontrar la solución justa y adecuada a los múltiples problemas que se derivan de la relación en sí misma considerada.

No sólo la medicina ha cambiado, o se ha transformado, como consecuencia de la evolución producida debido a la interconexión de otras muchas ramas del saber, como por ejemplo, la Biología, la Química, la Ingeniería, la Ética, la Filosofía, etc., que han incidido en la evolución de la misma: nuevos campos de investigación, nuevas enfermedades, avances terapéuticos y farmacológicos, rapidez diagnóstica con nuevos medios de prueba, etc., sino que también lo ha hecho el Derecho, que ha tenido que evolucionar dando cobertura jurídica mediante una legislación adecuada a las diferentes relaciones planteadas en las interconexiones de dichas áreas.

Hoy hablamos de la Medicina no como una rama aislada sino como la parte de un conjunto donde se producen las interferencias lógicas, con esas distintas y múltiples disciplinas y que a todos nos repercuten.

Este artículo no va dirigido sólo a la visión del médico en la aplicación de la *lex artis* desde un punto de vista profesional sino también al lego en la materia, como podemos considerarnos los profesionales que nos hemos decantado por el intento honrado de aplicar la ley con la equidad y objetividad que debe imperar por encima de consideraciones susceptibles de una interpretación subjetiva.

El punto de partida ha sido el estudio de la evolución de la responsabilidad medico sanitaria exigida ante los Tribunales de Justicia y, en particular, el ascenso potencial de las mismas en los últimos años. Ante tal incremento, se planteó la siguiente cuestión: ¿Es la responsabilidad cuestión exigible por entero al profesional?, ¿Puede coexistir este tipo de responsabilidad con la del paciente?, ¿Puede estimarse, o determinarse, el porcentaje de “errores” médicos?, ¿Puede determinarse el porcentaje de “mala praxis” del paciente?.

De todo ello y tras un rápido estudio de la Jurisprudencia, dado que son muchas las sentencias que hacen referencia a este tema, podemos entablar como inicio, que la figura del profesional sanitario no está devaluada en términos jurídicos sino, más bien,

sometida a presión. Presión que le viene impuesta no tanto por la aplicación de la ley en defensa de los derechos del paciente sino, más bien, por la evolución de la sociedad en cuanto a las posibles reclamaciones que la ley permite. Y, también, por la apreciación que de los hechos hacen los tribunales teniendo en cuenta los resultados presentados para ser enjuiciados.

Toda la legislación estudiada hace referencia al paciente en cuanto titular de derechos, y, sin embargo, la misma habla de las obligaciones y deberes del profesional médico sanitario pero no de sus derechos; del axioma de proporcionar la seguridad de que esos derechos van a ser considerados como primordiales. No se trata de entablar una disputa entre los derechos de cada parte sino, más bien, tratar el problema con firmeza, sinceridad y en un mismo plano legislativo, amparándonos en el principio de igualdad: “Todos somos iguales ante la ley”.

La Constitución reconoce el derecho a la salud como un derecho protegido y protegible, pero que tal derecho no se puede exigir y, desde luego, el médico no puede garantizar que la asistencia que se presta en el ámbito sanitario tenga un resultado que vaya a ser siempre favorable para la salud y la vida. Son muchas las condiciones que influyen en el mismo y muchas de ellas no dependen del profesional sino de la naturaleza del ser humano. Es por ello que hemos de distinguir entre la medicina satisfactiva o la medicina de medios.

Cuestión ésta que incide en la plasmación jurídica de la actuación médico-sanitaria ya que lleva a plantear al profesional sanitario, si lo que ejerce es una actividad profesional defensiva o una actividad de medios, es decir, que el médico está obligado a emplear todos los medios a su alcance y toda su pericia profesional en el cuidado de la salud, como así ocurre en la práctica, pero sin asegurar un resultado que, obviamente, es incierto.

Según Juan Siso Martín, Doctor en Derecho Público y docente en Derecho Sanitario, el profesional sanitario ha venido “amparándose” tradicionalmente, en el hecho de que la Medicina “no es una ciencia exacta” y que no puede ser sancionado por un fallo cometido persiguiendo el interés del paciente. Comentario que, a mi juicio, es susceptible de una interpretación crítica puesto que incluir el término “fallo”, desde un planteamiento jurídico, lo lleva a considerarse como “error”, con la consecuencia de calificarlo como mala praxis.

El viejo aforismo hipocrático (“No hay enfermedades sino enfermos”), en referencia a que una misma patología puede manifestarse de muy diversas maneras y no ser

ninguna coincidente, indica que los mismos medios, conocimientos y profesionalidad pueden llevar a resultados distintos. Los avances médico científicos nos dan buena prueba de ello aunque, no podemos dejar de lado los protocolos establecidos que determinan la sintomatología con la que cursan las enfermedades.

De lo anteriormente expuesto, se deduce que no sólo el médico, o personal médico sanitario, tiene obligación u obligaciones sino que también es titular de derechos y que la obligación se concentra en ejercer su actividad con la mayor diligencia, profesionalidad y disponiendo de todos los medios a su alcance con el que obtener tales resultados.

Siguiendo al profesor Siso Martín, el interés del paciente, o su consecución, es el factor clave. Es la guía, añadiendo, además, que ha de poner en su actuación la diligencia debida. De esta forma, una correcta aplicación de la responsabilidad sanitaria habrá de castigar una “desatención” o una “negligencia” respecto del paciente, pero no impondrá castigo (o indemnizará) cuando el daño (sin incurrir el profesional en las condiciones anteriores) se derive de la fatalidad o de un resultado no esperado a la luz del estado actual de la ciencia médica, así como cuando el paciente está obligado a soportar el daño. Este es el planteamiento general que admite escasas excepciones.

La razón nuclear del problema reside en la existencia y confrontación, a veces, de dos factores de extraordinaria entidad e importancia: por una parte, el bien protegido, que no es nada menos que la salud o la vida y, por otra, la inseguridad jurídica del médico, que está obligado a ejercer una profesión con el margen de error de las ciencias biológicas, y la consiguiente responsabilidad en los casos de respuesta distinta a la esperada o previsible.

Actualmente, como ya se ha indicado en párrafos anteriores, la salud no es una suerte sino un derecho, y al médico se le contempla como un técnico, cuya imagen ha sido deteriorada y por ello también su credibilidad. Se ha pasado de aquella visión sacralizada del médico a sentarlo en el banquillo de los acusados, a veces como cabeza de turco frente a la frustración de lo que no se puede solucionar, concretamente la enfermedad y la muerte (GALVAN SAEZ, 1997). Por ello no es extraño el cierto estado de alarma entre los sanitarios por el gran número de demandas que pesan sobre ellos, así como las caprichosas, desiguales y arbitrarias cuantías indemnizatorias y, en tal sentido, se manifiesta su malestar por la inseguridad jurídica en que actúan al faltar normas concretas y específicas que enmarquen la responsabilidad jurídica por las negligencias médicas.

Pero a todo lo anterior, añadimos que para enfrentarse a la responsabilidad

generada por una presunta mala praxis, por una presunta desatención o negligencia, se exige al médico la contratación de un seguro de responsabilidad civil. Tal y como advirtió el Profesor Sánchez Calero en la conferencia que dio en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, celebrado en Madrid, Octubre de 1997, y bajo el título: “El aseguramiento de la responsabilidad del médico: límites”, en sus consideraciones generales sobre el contrato de seguro de responsabilidad civil que médicos y sanitarios buscan para paliar las desagradables consecuencias –y generalmente injustas- de la exigencia de responsabilidad, es el propio seguro de responsabilidad civil una de las causas del incremento de la responsabilidad.

Debido a este razonamiento, consideramos que la “satisfacción social” muchas veces va más encaminada a la obtención de un lucro que a la determinación de si la actuación médica se ajusta a la *lex artis*.

La literalidad de la expresión *lex artis* es “ley del arte, ley artesanal o regla de la regla de actuación de la que se trate y se ha venido empleando de siempre, tal y como afirma MARTÍNEZ CALCERRADA, para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. De forma que si la actuación se adecúa a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión. Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos.

Pero frente a las definiciones dadas por la doctrina, lo que importa, desde el punto de vista de la protección jurídica del profesional, es la definición dada por nuestro Tribunal Supremo en sus sentencias, por ejemplo STS 4237/2007, de 16 de Abril:

“aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme a la técnica normal requerida”.

Esta misma definición es la que da MARTINEZ CALCERRADA para la *lex artis ad hoc*. La doctrina discute si el concepto de *lex artis* es aplicable a toda la actividad médica: exploración, diagnóstico, pronóstico, indicación y tratamiento; o si sólo ha de operar *stricto sensu* en algunos apartados del ejercicio de la profesión. Lo que da lugar a una concepción

más amplia o más restringida del concepto y de su aplicación práctica.

ROMEO CASABONA, apoyándose en la doctrina alemana, afirma que la indicación médica y la *lex artis* son dos conceptos que se hallan estrictamente vinculados, pero esencialmente distintos.

La Jurisprudencia opera con el principio rector de la *lex artis* en los diferentes actos médicos y no restringe, por tanto, su aplicación a la ejecución del tratamiento médico (clínico o quirúrgico). Y así acude a la *lex artis* para enjuiciar la corrección de los actos de exploración médica (SSTS de 27 de Mayo de 1988 y de 5 de Julio de 1989), actos de diagnóstico (SSTS de 25 de Noviembre de 1980, 17 de Julio de 1982, 20 de Diciembre de 1990) y actos de tratamiento propiamente dichos (SSTS de 20 de Febrero de 1991 y 4 de Septiembre de 1991).

Se deduce de la doctrina jurisprudencial que la acción del profesional es enjuiciada en todo su espectro de actuación lo que implica situarlo en un plano más técnico o teórico y que limita, en cierto modo, su trabajo al cumplimiento de los protocolos establecidos sin dejar margen a una deducción lógica que suponga salirse del programa, “en Medicina, dos y dos no son cuatro”. A la vez la doctrina nos lleva a entender que cualquiera que sea la actuación del profesional va a estar sometida a presión basada en la inseguridad jurídica de si lo actuado y ejecutado puede ser susceptible de reclamación ante los Tribunales de Justicia.

Las formas de exigencia de responsabilidad son:

1.- Responsabilidad Civil: se fundamenta en la obligación general de reparar los daños y perjuicios ocasionados por una conducta culpable o negligente. Basada en el principio general de no causar daño a otro y puede alcanzar a cualquier persona por su simple condición de ciudadano.

2.- Responsabilidad Patrimonial: Surge cuando la Administración causa, a través de la actuación del personal a su servicio, un daño a un ciudadano, el cual no tenía el deber jurídico de soportar.

3.- Responsabilidad Corporativa: Casos de infracción de los patrones deontológicos bajo los cuales ha de ser ejercida la profesión médica, con motivo de garantizar unos mínimos niveles de ética en el desempeño de aquella. Su ámbito son los Colegios Profesionales a través de las Comisiones Deontológicas.

4.- Responsabilidad Profesional: Se ciñe al campo disciplinario, en el que la entidad responsable de la asistencia exige al personal que de ella depende, responsabilidad por

acciones u omisiones indebidas de aquellos.

5.- Responsabilidad Penal: Surge por la comisión de un ilícito penal (delito o falta) bien de forma dolosa o bien de manera culposa; es decir, mediando intención o simple descuido por parte del sujeto. Es frecuente que a esta venga asociada la civil subsidiaria, que puede, no obstante, tener existencia autónoma.

Estas son las diferentes categorías, ahora bien, un profesional puede verse afectado, en función de su conducta, por:

A)Un profesional libre: Por las vías Civil, Corporativa y Penal.

B)Un profesional al servicio de un centro privado: Por las vías profesional, Civil, Corporativa y Penal.

C)Profesional dependiente de la Salud Pública: Por todas las formas expuestas excepto por la Civil.

Según el estudio de Juan José LLOVET DELGADO, “Las reclamaciones judiciales por mala praxis”, Universidad Complutense (Madrid), que aborda el estudio estadístico de la responsabilidad legal de los médicos por mala praxis, señala que ha adquirido en España una relevancia inusitada. El estudio va desde el año 1870 hasta 1992, separados por décadas y por jurisdicciones (Civil y Penal). Como ejemplo en el citado artículo, se toman las sentencias de la sala Primera del TS sobre culpa médica. La primera de ellas tiene lugar en la década 1920-1929; dos se registran en la de 1970-1979 pero en la década de 1980-1989 fueron 19 y 20 las sentencias de solo dos años posteriores, es decir, entre 1990-1992.

En conclusión, este autor viene a sugerir que acudir a la Justicia para denunciar, querellar o demandar a un facultativo por una presunta mala praxis ha dejado de ser un acontecimiento insólito, extraordinario. Agregándose, además, que se están comenzando a vehiculizarse pretensiones indemnizatorias a través de la jurisdicción contencioso-administrativa y social o laboral, en las que la acción se ejerce contra los Organismos y Administraciones Públicas y que resultan, corporativamente, más propicias para el paciente y sus familiares al imperar en ellas el principio de responsabilidad objetiva y prescindirse del criterio de culpa personal.

Añadiendo que entre los variados factores que pueden asociarse a esta actitud social crecientemente crítica y litigiosa, se encuentran: la democratización de la sociedad española; la elevación de los niveles de instrucción; el aumento de la litigiosidad en general; la

universalización de la accesibilidad a la asistencia sanitaria; la transformación de las expectativas que se depositan en la medicina..., entre otros.

Es mi intención considerar que esta tendencia alcista tiene su origen en el aspecto económico que subyace en el seguro de responsabilidad, apoyando la teoría del Prof. Sánchez Calero. Pero la relación entre médico y paciente se distorsiona convirtiéndose en una relación de confrontación cuando el resultado ha sido ya no el deseado o esperado sino el exigido a sabiendas de que dicho resultado es, inevitablemente, incierto per se.

Ya no se habla de expectativas, de anhelos en la obtención de la mejoría y la sanación sino de la exigencia de dichos términos porque: “tengo mis derechos” y “los exijo”.

Todos estos argumentos nos deben conducir a plantear la defensa de la actuación médica dentro de la regla jurídica general de la *lex artis* pero tomando en consideración otros posibles recursos previos, e incluso, alternativos a la vía judicial.

Del mismo modo que ha de acentuarse y potenciarse el funcionamiento de los comités deontológicos de los colegios profesionales o la instauración de ciertas figuras que pueden llevar a mediar en aquellos inevitables conflictos que surgirán aun poniéndose todos los medios y conocimientos en el ejercicio de la profesión. Considero conveniente la creación de una figura que sirva para defender al profesional como podría ser el Defensor del Médico del mismo que existe el Servicio de Atención al Paciente.

Hemos de tratar de lograr la adecuación de dos sectores aparentemente antagónicos como son la Medicina y el Derecho, pero que, a la larga, han de buscar vías de diálogo para unirse en el logro de la equidad. La vía judicial es el camino a la solución de los conflictos surgidos inter partes pero ha de ser el medio de protección del profesional sanitario en la medida de ser titular de derechos ya que “dentro de una bata blanca”, se encuentra una persona poseedora de muchas e innegables cualidades, que pone a disposición los conocimientos adquiridos con un único fin, mantener, salvaguardar y procurar el derecho a la salud y la calidad de vida.

Cierto sector doctrinal considera que ha de legislarse para proteger al profesional frente a otro que cree que tal regulación tendrá consecuencias negativas al amparar al profesional en un cajón de sastre. No debe haber alternancias dialécticas sino unidad de actuación considerando que la reclamación no satisface el ámbito moral del paciente o del familiar en su caso.

Como conclusión, el Derecho, instrumento de la justicia, debe ser el vehículo de

protección y defensa frente a cualquier ataque, intromisión o menoscabo que sufran nuestros derechos. Las condiciones de acceso a la Justicia deben basarse en los principios de igualdad y legalidad y, por ello, debemos considerar que el amparo de la Ley abarca a cualquiera de las partes que intervienen en una relación que deviene jurídica..

“La vida es breve; el arte, largo; la ocasión, fugaz; la experiencia, engañosa; el juicio, difícil” (Hipócrates)

M^a Lourdes Sesma Ustáriz

Abogado

Bibliografía:

Montiel García, S. Lex artis. Concepto y dimensión

Valencia Pinzón, G. La lex Artis

Giraldo Laíno, D. Lex artis y mala praxis

Llovet Delgado, J.J. Las reclamaciones judiciales por mala praxis médica. Madrid, 1993

Siso Martín, J. Seguridad jurídica en la práctica clínica- Madrid, 2007

Sánchez Calero, F. El aseguramiento de la responsabilidad del médico: límites. IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1997.