

### UTILIDAD MÉDICA Y JURÍDICA DE LAS GUÍAS CLÍNICAS

Autor:

Dr. Mario German Vignolo M.P.N° 19599/5

Esp. en Medicina Legal M.E.N° 7030

Esp. en Toxicología Clínica M.E.N° 12644

Esp. en Psiquiatría M.E.N°14362

#### INTRODUCCIÓN

Esta idea, orientada a acopiar la información mínima que ayude al médico a superar la instancia temporal más difícil de la emergencia, nos impone formular algunas reflexiones y consideraciones particulares relacionadas con la intervención profesional y su implicancia jurídica.

Las Guías Clínicas fueron confeccionadas por un equipo seleccionado de especialistas en la materia, acostumbrados a convivir día a día y con una experticia adecuada y actualizada, lo cual es de suma necesidad y actualidad, no sólo para tener una documentación de consulta cotidiana, actualizada y adaptada a la realidad en que nos desenvolvemos, sino también como una herramienta jurídica a la que no sólo pueden apelar los juristas, ante una eventual demanda o cuestionamiento del accionar médico, sino que también como un elemento de consulta de procedimientos cuando surgen dudas en nuestro actuar y proceder, adaptando las mismas como un hábito en la medicina cotidiana, brindándonos una tranquilidad sabiendo que nuestro trabajo diario se encuentra respaldado y garantizado documentalmente.

La emergencia, es quizás una de las especialidades que más pueden cuestionarse, ya que las decisiones deben ser inmediatas y sin mediar demoras, estas pueden ser las que a la postre se cuestionen y no tanto el accionar, sino la inmediatez. El médico emergentológico no puede ser improvisado ya que no solo es quien debe ser el primer respondiente en situaciones graves, y también quien debe decidir cuándo y dónde derivar a un paciente que superó las posibilidades del medio donde se desempeña e incluso dentro del mismo medio.

#### NORMAS ESCRITAS Y NO ESCRITAS

Para que la actuación profesional resulte adecuada, es decir jurídicamente irreproachable, además de ser legítima – esto es, realizada con el fin de curar y ser la indicada -, debe ejecutarse de acuerdo con las reglas del arte médico. La traducción al castellano de la expresión *lex artis* es ley del artesano, y el concepto sirve como parámetro de la tarea practicada, por definir si se ajusta o no al decir ser, es decir, a lo que en el caso debe hacerse.

Así, el magistrado al resolver un caso, debe acudir al auxilio de la ciencia médica, y así, a través de los peritos, valorará si en el caso concreto examinado, el médico atendió los deberes de cuidado que le imponían las reglas de la *lex artis*. Estas reglas en algunos casos, los menos, están escritas e indican que actos médicos deben practicarse y cómo deben ejecutarse los mismos. Pero la mayoría de dichas reglas no consta en ningún texto de seguimiento obligatorio, sin que estén dictadas por la experiencia, resultando aceptadas en forma general. También establecer cómo se debe actuar en circunstancias concretas.

No constituye pautas fijas, toda vez que se trata de una ciencia cuyo progreso es permanente. Por eso alguna doctrina renuncia al uso de la expresión *lex artis*, pues consideran que ella puede generar la impresión que existe un arte médico, ya definitivamente establecido. Prefieren reemplazarla por la fórmula, tratamiento realizado según los conocimientos y experiencia de la medicina, como punto de referencia para determinar la adecuación de la conducta del médico a las reglas de su ejercicio. Lógicamente, a la hora de formular un juicio valorativo acerca de la correspondencia de los actos médicos examinados con la *lex artis*, éste debe ser efectuado teniendo en cuenta el estado de la ciencia, al momento en que la actuación médica se llevó a cabo. En ese marco, como pautas básicas escritas, elaboradas por especialistas en las distintas materias, que alentamos como un instrumento útil, i) para aportar seguridad a los colegas, al contar

con pautas o normas escritas que orienten la difícil coyuntura del accionar médico en la emergencia; y, ii) para el examen jurídico, como punto de referencia para determinar la adecuación de la conducta del médico a las reglas de la medicina. Todo ello con la finalidad de evitar la arbitrariedad en la valoración de la acción profesional, ya que podrá contribuir a disminuir los márgenes de discrecionalidad en los magistrados.

Los jueces son sujetos de carne y hueso, con sus pasiones y sentimientos, con sus creencias y concepciones; y aun cuando se debe resolver en el marco de la legalidad, siempre queda al juez un margen para su discreción arbitrio, para sus pasiones y creencias. Más aún, en la actualidad, que por condicionamientos culturales se verifica una tendencia a trasladar al médico la culpa del desenlace de las enfermedades.

Es que, por más estrictas que sean las reglas y preceptos legales, nadie puede negar al juzgador que las aplica un margen de libertad en su interpretación, una proyección de su subjetividad y, con ella, toda la carga emocional de sentimientos que le despierta el hecho que ha de juzgar. Nada extraño por lo demás, ya que el acto de juzgar, como todo acto valorativo, es un acto emocional, en el que no puede excluirse de modo absoluto los sentimientos y valoraciones que necesariamente acompañan la operación – en principio, puramente técnica y, por ello, lógica- de aplicarlos preceptos legales, como bien lo señala Francisco Muñoz Conde.<sup>1</sup>

Así, con las pautas escritas, se procura reducir el margen de discrecionalidad, reforzando el principio de que el perito, como auxiliar del juez, debe vincularse a las mismas al valorar la adecuación de los actos médicos examinados. En los casos que llegan hasta los estrados judiciales para dirimir la responsabilidad de los profesionales del arte de curar, al tratarse de casos en los que ventilan cuestiones que versan sobre aspectos científicos y técnicos, cuyo abordaje exige especiales conocimientos, el peritaje constituye un elemento de prueba de receptación dirimente, del cual no se puede prescindir a los fines de la resolución del litigio. Y así, las pautas escritas, resultarán útiles para procurar evitar, como ya se dijo, la injusticia que deriva de toda arbitrariedad.

### COMIENZO Y FIN DE LA INTERVENCIÓN DEL MÉDICO

Una vez entablada la relación entre el médico y el paciente, o estando obligado el primero a prestar asistencia, ocupando así una posición de garante, debe asegurar la continuidad de la misma hasta tanto desaparezca la situación de peligro y/o urgencia.

El primer interrogante a formular entonces es, ¿Cuándo comienza la relación médico paciente? Las obligaciones a cargo del profesional comienzan a generarse a partir del momento que efectivamente asume sus funciones. Desde ese momento se encuentra en posición de garante, es decir, se coloca en la posición de encargado de asegurar la atención del paciente.

En el mismo instante en que acepta responder a una consulta comienza la actuación profesional. Y está obligado a mantener la atención hasta que el enfermo se haga atender por otro facultativo.

Sobre estas cuestiones nos dice Llamas Pombo que "... cuando la intervención se produce en situaciones de urgencia, o como consecuencia del deber de socorro, al cesar esta situación de emergencia, bien por la propia asistencia del médico, bien por otra circunstancias - por ejemplo, porque el enfermo ha sido trasladado a un centro asistencial-, cesa todo deber para con el mismo, puesto que se ha puesto fin al deber de socorro urgencia o a la obligación perentoria de prestar asistencia sanitaria",<sup>2</sup>

El segundo interrogante a formularse es: ¿Hasta cuándo se extiende el deber de atención?; es decir, ¿cuándo cesa la intervención del médico y, con ello, sus obligaciones?.

La doctrina ha tenido oportunidad de expedirse sobre el particular, señalando que "la intervención del médico cesa:

- Al producirse la curación;
- Cuando el paciente, de manera voluntaria, pone fin al vínculo contractual;
- Cuando lo hace el médico, por motivos fundados y sin dejar desprotegido a quien requirió originalmente su ayuda;
- En el instante en que es derivado el enfermo, y otro médico toma la atención a su cargo. En tanto no desaparezca, por alguna de esas causas, la obligación de garantía que hubo asumido, no puede omitir el cumplimiento de sus deberes..."<sup>3</sup>

Actualmente la Ley 17132 sobre ejercicio de la medicina, la odontología y actividades de colaboración, establece en su artículo 19 inc. 7 que los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a prescribir o certificar en formulario que lleven impresos en castellano, con nombre y apellido, profesión y número de matrícula, domicilio y número de teléfono cuando corresponda y dicha receta deberá ser redactada en forma manuscrita y la letra debe ser legible. La Ley 25.506 de reciente sanción. Llamada ley de firma digital, adherida al régimen e intermediando autoridad certificante pública o privada. (Siendo el CMPC una de ellas). Gracias a las nuevas tecnologías, se ha propuesto incorporar al ámbito de la salud, la confección de recetas y certificados en forma electrónica y firmada digitalmente de manera electrónica.

Dicho esto, procede formularnos otro interrogante: ¿El deber de atención sigue vigente cuando, tratándose de un caso de urgencia, no hay esperanza alguna sobre la posibilidad de recuperación del paciente?

Sobre este particular se ha dicho "... La jurisprudencia ha extendido el deber de actuar impuesto a los médicos, no solo en casos que efectivamente puedan hacer algo por el enfermo, sino incluso en casos en que poco o nada se puede hacer por el mismo. El médico no se obliga a sanar al enfermo, sino a cuidarlo, y aunque la sanación no parezca posible, los cuidados médicos siguen siendo necesarios hasta último momento".<sup>4</sup>

En ese orden de ideas, resulta ilustrativo citar la jurisprudencia del Tribunal Superior de España: "el deber de prestar asistencia médica se mantiene aunque resulte ineficaz, pues en tanto perdura la vida se mantiene el deber de auxilio y el deber de allegar los medios aconsejados por la ciencia para intentar evitar la muerte".<sup>5</sup>

### DEBERES DEL CUIDADO

La ley penal Argentina hace referencia al concepto de culpa cuando, por ejemplo, en el art. 84 Código Penal, habla de imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo. Todos estos supuestos definen diversas maneras de inobservancia de un deber de ciudadano.

Este trabajo, precisamente, es de utilidad para brindar al médico las pautas; es decir, los deberes de ciudadano que corresponden ser observados en la emergencia para superar la instancia y procurar que el enfermo acceda, a las condiciones más favorables posibles, al tratamiento ulterior a cargo del especialista, clínico o quirúrgico.

Como deber general del médico, se reconoce el deber de diagnosticar y tratar. Así, deberá emitir un diagnóstico y darlo a conocer al paciente. La importancia de éste es innegable, pues se trata, nada más ni nada menos, que de la base que sustentará su actuación en la emergencia. Esto se relaciona, a su vez, con el deber de derivar al paciente en caso de ser necesario, hacia un centro que cuente con los recursos técnicos y humanos que el caso exija.

Resulta innecesario subrayar que en el ámbito de la actividad médica, el cuidado exigible en cada caso concreto se fija con bases a las circunstancias reales (de tiempo, lugar y medios) en que interviene el colega.

### TRABAJO EN EQUIPO INTERVENCIÓN PLURAL

Nos referimos ahora a la necesidad de deslindar responsabilidades, a través del principio de división del trabajo y del principio de confianza.

Así como – obviamente- no se puede concebir hoy la actividad médica de manera unipersonal, tampoco podría el derecho hacer cargo a uno por la deficiente actuación de otro, salvo casos excepcionales.

En ese orden de ideas, el principio de división del trabajo, relacionado con el principio de confianza, expuestos por la doctrina penal alemana, permite deslindar los deberes que se originan de toda actuación colectiva (aplicable a la labor médica, ya sea por el trabajo en equipo y a la intervención plural de profesionales, ya sea en forma simultánea o sucesiva).

Entonces, respondiendo a esa necesidad de deslindar responsabilidades, se desarrolló el principio de división del trabajo, tratando de dilucidar cuestiones relativas a esta problemática: qué funciones desempeña cada uno de los agentes. Este principio torna imprescindible analizar cuáles son cada una de las funciones y roles que desempeña cada uno de los profesionales médicos intervinientes y, a partir de allí, establecer cuáles son los deberes de cuidado y obligaciones que corresponde observar a cada uno de ellos. Permite a cada médico dedicarse concentradamente a los cometidos que le son propios, y garantizar – con la distribución de tareas- la eficaz adecuada prestación de los servicios.

El principio de confianza, como criterio delimitador de la responsabilidad de los intervinientes, permite confiar en la responsabilidad de los otros sujetos que se desempeñan en la actividad; se puede confiar en que los colaboradores se comportarán de manera diligente; esto es que cumplirán con las obligaciones y roles que derivan del cargo que desempeñan, lo que permite desentenderse de ciertas cuestiones que corresponden ser asumidas y cumplidas por otros agentes; aporta eficacia, pues evita que todos tengan que estar pendiente de todos. No se puede exigir que cada uno controle todo lo controlable, porque el tener que dedicarse a vigilar la actividad ajena excluiría poner toda la dedicación necesaria para que la propia sea correcta.

Así, en principio, el confiar en que otro cumplirá sus obligaciones no representa una violación del deber de ciudadano.

Con relación al principio de confianza el mismo se basa –como razón fundamental- en que los demás son concebidos como sujetos responsables. Ello posibilita la división del trabajo: en equipos quirúrgicos, intervenciones plurales sucesivas, etc. Dicho principio cesa cuando el reparto de tareas pierde su sentido, especialmente cuando se conoce que la otra parte no cumplirá con las exigencias atinentes a su rol.

En este orden de ideas, como ya lo señalamos, cuando un profesional asume, de manera efectiva, sus funciones, se coloca en posición de garante del bien jurídico que se le ha confiado. De manera tal que sus obligaciones nacen en ese momento y cesan recién cuando otro médico lo reemplaza. Aquí se observa la delimitación de la responsabilidad por intervención plural sucesiva.

Ahora bien, debemos señalar que cuando la elección está a cargo del derivante, el acto genera un deber de cuidado secundario, porque tiene la obligación de garantizar al paciente que se ha escogido de forma adecuada.

### LA IMPORTANCIA DE DOCUMENTAR LOS ACTOS MÉDICOS

En este orden de ideas, adquiere relevancia la documentación de los actos médicos. Es que, el respeto cada vez más exigido de la autonomía del paciente, abandonando las viejas formas paternalistas en la relación médico/paciente, exige la realización de una medicina documentada, y es precisamente la historia clínica la mejor instrumentación del actuar profesional. Constituye un elemento trascendente a los efectos probatorios, pues en dicho documento deben orar los antecedentes del paciente, las referencias que el mismo formule sobre sus antecedentes, su estado actual, la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, el tratamiento a aplicar, la evolución, la medicación suministrada; en caso de cirugía, el protocolo quirúrgico, equipo de profesionales intervinientes, parte anestésico, foja anestésica, estudios complementarios, ubicación del paciente dentro del establecimiento sanitario, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, debidamente fechados, y con horario de las atenciones, con identificación de las personas que intervinieron y lugar en que se lleva a cabo, etc. Esto es, todos los datos que en forma específica, detallada y precisa describen el servicio y la atención médica y auxiliar brindada al paciente.

La historia clínica debe ser un instrumento legible, completo, sin tacha (en su caso debe ser salvada, con indicación del motivo de la corrección); debe ser ordenada, estar actualizada; usar únicamente abreviaturas cuando se trata de las aceptadas internacionalmente; registrar cronológicamente todos los controles.

La historia clínica a su vez, es el mejor instrumento para documentar el consentimiento informado del paciente o, cuando no se pueda contar con éste, el de sus familiares, cuando resulte correspondiente.

Se debe evitar que terceros que carecen de interés legítimo accedan a las historias clínicas, para no generar posibles reclamos por violación al secreto o a la intimidad del paciente.

Si bien el paciente o sus familiares directos tienen acceso a la historia clínica, ésta jamás debe salir del ámbito de custodia del médico o institución sanitaria, salvo requerimiento mediante orden judicial (en cuyo caso se procurará certificar una copia para que permanezca en la esfera del médico o del establecimiento). Ello para evitar extravíos, que eventualmente podría afectar la efectiva defensa de los derechos del profesional.

Como es bien sabido, los plazos de prescripción por extinción de la acción penal por homicidio culposo (Art. 84 CP) es de cinco años; para el delito de lesiones culposas (Art. 94 CP) es de tres años; y para las acciones por responsabilidad civil (por Responsabilidad Profesional) derivadas de obligaciones contractuales es de diez años. No obstante, sugerimos conservar la historia clínica, por lo menos quince años. Sobre el particular, con relación al plazo de conservación de Historias Clínicas en establecimientos asistenciales privados y consultorios, se hace presente que en el Código Civil en el Capítulo de los Derechos de los Pacientes en su art. 18 "Inviolabilidad. Depositarios. La Historia Clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establece en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, -Del depósito-, y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación

Así, la documentación de los actos médicos contribuirá a la protección del colega, y a evitar la arbitrariedad y la injusticia en las decisiones judiciales.

### DEBER DE ACTUALIZAR CONOCIMIENTOS

En el marco de los deberes de cuidado exigibles a los profesionales médicos, los mismos tienen la ineludible obligación de actualizar los conocimientos; este deber constituye la contrapartida del derecho de los médicos al monopolio del ejercicio de la actividad de curar. Sólo los médicos estamos legitimados y habilitados para ejercer la medicina. Debemos honrarlo.

### BIBLIOGRAFÍA

- <sup>1</sup> Muñoz Conde, Francisco, La búsqueda de la verdadera en el proceso penal. Ed. Hamurabi, pág. 27
- <sup>2</sup> Llamas Pombo, Eugenio, La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos, p. 56.).
- <sup>3</sup> Terragni, Marco A., El delito culposo en la praxis médica. Ed. Rubnzal Culzoni, (pág. 126)
- <sup>4</sup> Ataz López, Joaquín, Los médicos y la responsabilidad civil, p.39.
- <sup>5</sup> STS, 20/04/64.