



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



TESINA DE DERECHO.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL AMBITO MÉDICO LEGAL

AUTORES:

- Carlos Alarcón R.

- Camila Botta S.

Profesor guía:

Armando Guzmán C.

Noviembre 2 de 2011.

ABSTRAC.

En esta tesina se aborda el tema de la Responsabilidad Médica, desde luego a través de la óptica médico legal, articulando la creciente standardización de los procedimientos médicos y el grado de reprochabilidad al momento de incurrirse en actos que irroguen un perjuicio para el paciente en este tipo contractual. Todo esto cobra especial importancia con el avance de la responsabilidad profesional y el avance de la ciencia médica, y al cambio de la relación médico- paciente, todo lo cual repercute en materia de responsabilidad civil. Partiendo por el análisis de los aspectos más generales de la responsabilidad del galeno, hasta llegar a la responsabilidad en caso de Cirugía Plástica y la por Oblito Quirúrgico, temas que nos despiertan especial interés en el presente trabajo.

DESCRIPTORES.

Responsabilidad médica/ cirugía plástica/obligación de diagnóstico/ oblito quirúrgico/ res ipsa loquitur/ conclusiones oblito quirúrgico.

INDICE.

-	Introducción.	
-	Capítulo I	
	Responsabilidad Médica	1-16
•	1. Responsabilidad Generalidades	1
•	1.1 Responsabilidad Médica propiamente tal	2
•	1.2 La Culpa del Medico y la Obligación de Informar	3
•	1.3 Doctrinas acerca de la Responsabilidad Médica	5
-	1.3.1 Tesis de la Irresponsabilidad Absoluta	5
-	1.3.2 Teoría Intermedia	8
-	1.3.3 Teoría de la Responsabilidad Amplia	8
•	1.4 Tipos de Responsabilidad a la que esta afecto el médico	8
-	1.4.1 Responsabilidad Penal del Médico	9
-	1.4.2 Responsabilidad Civil del Médico	10
-	Capítulo II	
	Responsabilidad Médica en el particular caso de la Cirugía Estética	17-36
•	1. Cirugía plástica	18
•	1.1 Cuidados en la cirugía plástica reconstructiva	20
-	1.1.1 Acceso a la reparación plástica del tejido	21
-	1.1.2 Lesiones agudas de los tejidos	21
-	1.1.3 Respecto de los métodos para cerrar heridas	23
•	2. Cirugía plástica estética o cosmética	25
•	3. Diagnostico y responsabilidad en la profesión médica	26

• 4. Ética en la cirugía plástica cosmética	31
- Capítulo III	
Responsabilidad Médica en caso de Oblito Quirúrgico	37-45
• 1. Definición de Oblito Quirúrgico	37
• 2. La Obligación de Garantía/ La Doctrina Res Ipsa Loquitur	38
- 2.1 La Obligación de Garantía o Seguridad	38
- 2.2 La Doctrina Res Ipsa Loquitur	39
• 3. Situación del Oblito Quirúrgico en el Derecho Comparado	40
- 3.1 Situación en Argentina	40
- 3.2 Situación en Uruguay	41
- 4. Comentarios en materia de oblito quirúrgico	41
- Conclusiones	44
- Bibliografía.	

INTRODUCCIÓN.

En esta tesina nos proponemos abordar el tema de la Responsabilidad Médica, el que se nos presenta como un tema de gran trascendencia por una serie de razones. En primer lugar, La importancia de abordar el tema de la responsabilidad médica va de la mano con el hecho de que la responsabilidad crece con el progreso que experimenta la civilización, y los avances que se han obtenido en el campo de la medicina y de las ciencias en general.

La medicina del siglo veintiuno difiere en mucho de la medicina del siglo veinte, han surgido nuevos medios de diagnóstico y nuevos tratamientos para las diversas patologías, cambiando también la relación médico- paciente, dejando ya de ser una relación de carácter más bien íntimo o familiar, deshumanizándose ciertamente, y pasando a ser una relación más bien entre paciente – establecimiento hospitalario, donde el médico es un empleado sustituible por otros. Todo lo cual ha repercutido en materia de responsabilidad, siendo la tendencia universal el agravar la responsabilidad de los actos profesionales y nuestro país no escapa a dicha evolución, existiendo un auge de la exigibilidad de la responsabilidad médica, lo cual se denota en el aumento de los procesos sobre la materia y en el aumento de los montos reclamados, todo lo cual lo hace un tema de gran interés para los abogados litigantes.

La responsabilidad médica mueve millones, tanto en reclamaciones, seguros, honorarios de abogados, etc. Pero, como contra partida se han encarecido las prestaciones médicas y se ha traducido en que los médicos practiquen la medicina a la defensiva siguiendo estrictamente una serie de protocolos, lo que ha encarecido el acceso a la medicina en perjuicio de los sectores más empobrecidos de la población. Pero no sólo ha cambiado la actitud de los médicos, también en los pacientes se observa un cambio de actitud, siendo la resignación sustituida por el reclamo, las personas cada vez tienen más claro los derechos que le asisten en cuanto pacientes y se encuentran dispuestos a ejercerlos.

Todos los argumentos ya señalados ponen patente la necesidad de estudio de la responsabilidad médica y nos han instado a optar por desarrollar este tópico en la presente tesina.

En cuanto, a los temas que trataremos, comenzaremos con la noción de Responsabilidad y la de Responsabilidad Profesional, para luego adentrarnos a la responsabilidad del galeno propiamente tal, poniendo especial énfasis en la Responsabilidad médica en caso de cirugía Plástica, y la Responsabilidad en caso de Oblito Quirúrgico, temas que nos enfrentan a una serie de preguntas, como por ejemplo: en el caso de la responsabilidad por oblito quirúrgico ¿la responsabilidad recae sobre el médico, cual capitán de barco o es una responsabilidad colectiva?; en el caso de las cirugías plásticas que pasa con la obligación del médico ¿es de medios o por el contrario de resultado?.

En definitiva por medio de nuestra tesina buscaremos en primer lugar, abordar la responsabilidad médica en términos generales y dar luces respecto de su estado actual y en segundo lugar ver que ocurre en materia de responsabilidad en caso de cirugía estética y en caso de oblito quirúrgico.

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD MÉDICA.

1. RESPONSABILIDAD/ GENERALIDADES.

Antes de comenzar con el análisis de la responsabilidad médica o responsabilidad profesional del médico, es menester referirse a la responsabilidad en términos generales y a la responsabilidad profesional.

Etimológicamente el término responsabilidad viene del latín “Respondere”, que significa responder, contestar de palabra o por escrito. Estar colocado en frente o en la parte opuesta. Reclamar, comparecer.

Por responsabilidad entendemos, la obligación de soportar una sanción o pena, o en su caso de indemnizar el daño causado por haber cometido un delito o un cuasidelito. La responsabilidad está ligada al accionar humano y por consiguiente se proyecta también al ámbito del ejercicio profesional; ya que el profesional que ejerce una actividad, es plenamente responsable de sus actos y no solamente esta responsabilidad se reduce al área penal, sino también es responsable civilmente e incluso puede originarse una responsabilidad de corte administrativo. El profesional, por consiguiente, en el ejercicio de sus funciones debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones y dando cumplimiento al ordenamiento legal y reglamentario correspondiente, respetando todos los principios de su ciencia, profesión u oficio y empleando en su accionar la máxima atención, pericia y diligencia. Además, debe observar las normas de la ética y de la moral.

Si llevamos lo anteriormente expuesto al terreno de la responsabilidad médica, en primer término, resulta indiscutible que el médico está sometido a los mismos deberes y a las mismas posibles sanciones que cualquier otro profesional. Tratándose de la responsabilidad médica, ella se enmarca dentro de la deontología médica, que se puede definir como aquella disciplina que se preocupa tanto de los derechos como de las obligaciones que corresponden a los médicos en el ejercicio de la profesión.

Ahora bien, ya habiéndonos referido de manera sucinta a la responsabilidad, desde ya lo primero que dejamos establecido es que el médico está afecto a responsabilidad por su actuar en cuanto tal y dicha responsabilidad profesional le impone ciertos requisitos a su actuar, debiendo actuar dentro del ámbito de sus funciones, respetando el ordenamiento jurídico, los principios de su ciencia y emplear en su accionar pericia, diligencia y atención. Relacionado con lo anterior, cabe señalar que la responsabilidad del médico está vinculada ineludiblemente a su actuar en cuanto tal, por lo que si efectúa acciones fuera de éste ámbito, cae en la esfera de su responsabilidad general.

1.1 RESPONSABILIDAD MÉDICA PROPIAMENTE TAL.

Los médicos en el ejercicio de su actividad indudablemente que pueden ocasionar perjuicios para sus pacientes, y ello da lugar al análisis de la responsabilidad médica.

Responsabilidad Médica es la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica.

La responsabilidad afecta al médico tanto por su actuar, como por sus omisiones, cuando su actuar o su pasividad sea el resultado de su imprudencia, ligereza, descuido o error, siempre y cuando al acto u omisión haya sido realizado por éste actuando como facultativo, es decir, dentro del ejercicio de su ciencia.

Uno de los rasgos que podemos considerar distintivos en la responsabilidad médica, es la ausencia por parte del médico del ánimo de causar daño, es decir dolo. En la responsabilidad médica el elemento característico es la “*culpa*”, por cuanto si se tratase de un acto ejecutado dolosamente el médico estará sujeto a una responsabilidad delictual ordinaria, sea civil o penal.

1.2 LA CULPA DEL MÉDICO.

Un médico deberá responder cuando su conducta se pueda calificar de *culpable*. La culpa constituye un elemento esencial para que un médico quede obligado a indemnizar al paciente por el perjuicio ocasionado. Ahora bien, el médico puede ser culpable, por incumplimiento de la obligación de informar, lo que implica la realización de un acto médico sin un consentimiento informado del paciente y, por otra parte, puede ocurrir que el acto médico no sea realizado de una manera correcta o adecuada.

La obligación de información del médico puede ser más o menos intensa dependiendo de la prestación involucrada. Así, suele decirse que tratándose de una cirugía estética existe un deber mayor de información al paciente. Al no concurrir una finalidad terapéutica, el médico debiera informar no sólo los riesgos normales, sino también aquellos excepcionales, aún cuando sean escasas o prácticamente nulas las posibilidades de ocurrir.

En nuestro país, la obligación de información ha tenido un escaso desarrollo. La razón puede estar en que la infracción al deber de informar se traduce sólo en la pérdida de una posibilidad. Es decir, el paciente queda privado de la opción entre someterse o no al tratamiento. Se trata de un problema de causalidad. Al no informarse de un riesgo y habiéndose verificado, no procede indemnizar el daño constitutivo del riesgo acaecido, el cual está dentro de las posibilidades, sino que sólo correspondería indemnizar el daño de la pérdida de opción, cuya cuantía es difícil de determinar. Además que, éste rubro de daños "la pérdida de una posibilidad u opción" no ha tenido recepción en los tribunales Chilenos.

Además del deber de informar, el médico se encuentra obligado a entregar al paciente o enfermo, una prestación concienzuda, atenta y conforme a los conocimientos de la ciencia. Se le exige un comportamiento acorde a los conocimientos actuales de la ciencia. En Chile, es responsabilidad del médico probar que actuó con la diligencia debida. La pregunta que surge es cómo se determina la diligencia exigida al médico. O, en sentido inverso, cómo se construye la noción de culpa médica. Para encontrar una respuesta, debe diferenciarse entre el error médico y la culpa médica. Mientras la culpa es el hecho de no comportarse como lo habría hecho un médico informado y competente en las mismas circunstancias; el error, en

cambio, no genera responsabilidad, pues cualquier médico bajo esas circunstancias también se habría equivocado.

Para fijar el modelo de conducta apropiada para cada situación se recurre a los peritajes a fin de determinar *la Lex artis*, por la cual se rigen los profesionales. Entonces, para ver si hay culpa se hace una comparación entre lo que se debería haber hecho y aquello que se hizo. Si el médico se comporta en conformidad al estándar de conducta que se le exige no habrá culpa. Para identificar la culpa debe analizarse la conducta del médico en el diagnóstico, el tratamiento, la aplicación del tratamiento y la vigilancia del paciente. La culpa en el diagnóstico es una situación de excepción, siendo sólo posible cuando se trata de un diagnóstico usual, cuya equivocación revela una negligencia grave. El tratamiento y su aplicación pueden dar lugar a una culpa médica cuando existe un defecto técnico en su ejecución conforme a un estándar de un médico normal y medio. Aquí la culpa asume distintas manifestaciones. Puede concurrir la culpa por ignorancia. El médico no conoce la técnica apropiada. Puede verificarse la culpa por negligencia u omisión, es decir el médico no actúa en la forma que debió actuar. También hay culpa cuando el médico actúa de manera imprudente. Esta forma de culpa consiste en un actuar apartado del estándar exigible o, una culpa por acción. Aquí existe un exceso en el actuar que resulta reprochable. Por último, la culpa puede consistir en el incumplimiento por del médico de un deber previsto en la ley. Por ejemplo por infracción al reglamento del hospital o clínica privada.

En cuanto al deber de vigilancia, el médico debe cuidar al paciente, ya sea de manera personal o a través de un subalterno.

Ahora, no debe olvidarse que la medicina implica riesgos, a los cuales, por regla general se somete de manera voluntaria la víctima. En efecto, el paciente se somete en forma voluntaria al tratamiento para lograr un fin terapéutico. Esto no contradice que el paciente se encuentra en la necesidad de recurrir al médico, pero tampoco descarta la existencia de una voluntad para asumir el tratamiento y sus riesgos. Por lo mismo, el que se verifique un riesgo previsto no implica de manera necesaria culpa médica. Eso sí, el médico debe informar dichos riesgos, para que el paciente pueda escoger entre someterse al tratamiento o descartarlo.

En definitiva, la culpa médica consiste en un comportamiento que se aparta de los usos normales de la medicina, ya sea por ignorancia de la técnica apropiada o por una actitud temeraria en el acto médico.

1.3 DOCTRINAS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Para analizar las distintas posturas en torno a la responsabilidad médica, de manera sucinta, seguiremos lo planteado por don Vicente Acosta Ramírez en su libro “*De La Responsabilidad Civil Médica*”, en el cual el autor distingue las siguientes posturas:

1.3.1 TESIS DE LA IRRESPONSABILIDAD ABSOLUTA

Ésta postura sostiene que el médico no es responsable de ninguna forma por los perjuicios sufridos por el paciente a consecuencia del actuar u la omisión del facultativo, y dan los siguientes argumentos:

1° el cliente es el único responsable de la mala elección que ha hecho.

Se sostiene que si el cliente hubiese recurrido a un profesional más hábil, no habría tenido que lamentar las consecuencias perniciosas. Pero resulta que cuando un paciente recurre al médico, éste confía en los conocimientos del profesional y sólo podrá descubrir que el médico no es hábil cuando ha cometido una tremenda imprudencia. Además, el cliente sólo excepcionalmente puede distinguir el médico mediocre del hábil.

Por otra parte, nosotros creemos que este argumento no podría operar tratándose de establecimientos públicos de salud en donde el paciente no tiene injerencia en la elección del profesional de la salud.

2° la medicina es un arte conjetural.

Se sostiene que la medicina no es una ciencia exacta como las matemáticas, sino que es un arte conjetural y en constante renovación, lo que hace difícil juzgar técnicamente los actos profesionales, pues en palabras de Nerio Rojas “el error de hoy suele ser la verdad de mañana”.

Un abogado, un ingeniero, un arquitecto, utilizan para cumplir su misión, materiales y elementos de los que pueden conocer todos sus detalles y predecir sus relaciones. El médico, en cambio, trabaja con el hombre y con la vida, los dos enigmas eternos.

Ahora bien, en la actualidad en muchas materias médicas existe autoridad establecida, hay una serie de aspectos que han llegado a una firmeza tal, que posibilitan hablar de verdades científicas, por lo cual se destruye el argumento, porque lo que se pretende es que la responsabilidad exista cuando se incurre en una imprudencia o negligencia evidente que implique una trasgresión de aquellos principios bases ya establecidos y aceptados por la ciencia como tales, cuya inobservancia genere un daño en el paciente.

3° el título profesional implica idoneidad profesional.

De acuerdo con esta argumentación, el facultativo está cubierto por una presunción de capacidad, ya que para la obtención del título debió aprobar una serie de exámenes, aprobar un internado y cumplir con una serie de requisitos que lo facultan para detentar el título profesional, y desde el momento que lo ha recibido debe permitírsele ejercer la profesión sin control alguno, otorgándosele inmunidad absoluta en materia de responsabilidad.

Ahora bien, esta opinión se cae, si pensamos que el diploma se exige para salvaguardar la salud del paciente y eso es lo primordial, además la obtención del título por parte del galeno no puede privar a los pacientes de sus derechos.

En realidad, la respectiva universidad, al otorgarle el diploma al médico no ha pretendido hacerlo infalible. En la aplicación de los principios científicos que él conoce, puede errar. El diploma no es un carné de irresponsabilidad, sólo da derecho a ejercer la actividad.

4° del ejercicio de la actividad del médico sólo emana un deber moral, pero no una responsabilidad jurídica.

Este argumento se deduce de una decisión de la academia de medicina de París, que en 1829 proclamó la exclusiva responsabilidad moral de los médicos.

Indudablemente que la responsabilidad moral del profesional es fundamental. Pero, sin perjuicio de ello, el médico también se encuentra afecto a responsabilidad jurídica.

El sostener una irresponsabilidad jurídica absoluta es contrario a los principios del derecho natural y del derecho positivo.

5° normalmente una acción por responsabilidad sólo tiene por objeto obtener una ventaja de pecuniaria de un acontecimiento desgraciado.

Se ha sostenido que en la mayoría de los casos lo único que se pretende es obtener una ventaja pecuniaria, ya sea por el paciente o sus familiares, todo ello acosta de un acontecimiento desgraciado y doloroso.

Este argumento está descartado por la concepción de responsabilidad y su evolución. Se ha establecido que quien causa un daño debe repararlo, siendo improcedente sostener que el perjudicado, al sólo existir un interés pecuniario, no tendría derecho a alegar la responsabilidad de quien corresponde.

6° el poder judicial carece de conocimientos médicos suficientes para juzgar la conducta de un profesional del “arte de curar”

Este argumento sostiene que tanto jueces como abogados, no están capacitados para opinar en estos asuntos, debido a que no tienen una preparación científica en estos temas.

El argumento anterior puede salvarse, si consideramos que los jueces para apreciar los casos de error médico, acuden al examen de peritos.

7° el aceptar la responsabilidad de los médicos significará un perjuicio para los propios enfermos.

Los que sostienen éste argumento señalan que en ocasiones es menester aplicar un remedio riesgoso y el médico no se atreverá a aconsejarlo, aún cuando con su administración se podría salvar al paciente, pues el médico no se arriesgará por temor a un juicio donde se persiga su responsabilidad.

Pero es dudoso pensar que la admisión del principio de la responsabilidad pueda llevar a perjudicar al paciente, ya que la ciencia médica tiene perfectamente establecida la conducta del facultativo en los casos complicados que exigen de un tratamiento riesgoso.

8º peligro del progreso científico en el área médica.

En tiempos pasados, reputados juristas como Braudy- Lacantinérie, señalaban que la responsabilidad coartaba toda posibilidad de progreso en la medicina.

Sin embargo, no resulta efectivo que el miedo a incurrir en responsabilidad médica sea un obstáculo para el progreso de la ciencia médica. Son justamente los progresos científicos los que fortalecen el principio de la responsabilidad.

1.3.2 TEORÍA INTERMEDIA.

Esta teoría tenía dos corrientes, por una parte los que sostenían que sólo se podía sancionar al médico por los daños y perjuicios realmente ocasionados reducidos al aspecto meramente patrimonial, es decir, en esta variante se reconoce solo la responsabilidad civil, sin embargo esta postura no daba mayores argumentos.

La otra variante señala que solo podía establecerse una responsabilidad dolosa, es decir sólo en ese caso podía sancionarse al médico, no así cuando los daños provenían de una actividad culposa. Esta segunda variante tampoco tiene mayores argumentos, por lo que no ha sido de gran trascendencia.

1.3.3 TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD AMPLIA.

Esta teoría admite y exige la responsabilidad del médico cuando en el ejercicio de su profesión, produce un daño o perjuicio interviniendo culpa "negligencia culpable" y en materia civil es la obligación de reparar el daño causado a consecuencia de actos u omisiones que han inferido daño a otro

Esta teoría opera en plenitud en el mundo occidental hoy en día.

1.4 TIPOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Los médicos pueden quedar sujetos a distintos tipos de responsabilidad, cada una de las cuales tiene un régimen legal específico. En primer lugar, la responsabilidad penal por "negligencia culpable" prevista en el artículo 491 del Código Penal. En segundo lugar, la

responsabilidad civil, ya sea de manera concurrente o autónoma al ilícito penal. A través de aquella, la víctima busca una reparación pecuniaria al daño ocasionado. En tercer lugar, cuando la negligencia médica acaece en un hospital público, corresponderá aplicar la responsabilidad administrativa del respectivo Servicio de Salud. Esta responsabilidad se basa en la "falta de servicio", expresión que ha sido entendida como una responsabilidad objetiva, pero que en otros casos se ha conceptualizado como subjetiva. En realidad, el problema es más semántico que real.

1.4.1 LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO.

La responsabilidad penal fundamentalmente se encuentra radicada en el ámbito de los cuasidelitos y específicamente referida a una conducta que atente o contrarié a los principios más elementales o básicos de las normas que regulan dicha actividad, en otras palabras hablamos de una mala praxis. Se incurrirá, en términos muy generales, en una conducta reprochable desde el punto de vista cuasidelictual cuando se actué con culpa, entendiendo que la culpa consiste en la falta de cuidado que debe tener quien realiza una conducta, con el objetivo de evitar resultados indeseables cuya producción le era posible prever. En el ámbito médico podríamos decir que esta infracción en esencia consiste en una falta de un deber de cuidado o diligencia, la cual debe medirse de acuerdo a los principios establecidos en la respectiva *lex artis* y es por ello que para ser objeto de reproche por presunta responsabilidad médica, todo tribunal deberá establecer un estándar de conducta médica de conformidad a estos principios de la *lex artis*, y a partir de ellos hacer un examen comparativo respecto a si el médico en el caso particular obró dentro de los márgenes de la *lex artis*, y aquí es menester hacer dos precisiones: en primer lugar, la medicina no es una actividad infalible y que por ello el error de diagnóstico es un componente necesario de considerar dentro de la actividad profesional, cabe agregar que existe para determinadas patologías un amplio margen de falibilidad y que el error de diagnóstico no puede tener por efecto automático el derivar en una responsabilidad del médico en cuestión; en segundo lugar, hay que considerar lo que se conoce en doctrina como el riesgo permitido y en virtud de esta noción se debe reconocer que existen tratamientos terapéuticos que por sí mismos provocan una situación de riesgo, porque son de resultando incierto.

La responsabilidad penal busca sancionar con una pena privativa de libertad al médico que se ha apartado de su *lex artis* en la ejecución del acto médico. Sin embargo, es inusual que un médico sea privado de libertad por una sentencia condenatoria. En el peor de los casos han accedido a una forma alternativa del cumplimiento de la pena o beneficios carcelarios, pues suelen beneficiarse de atenuantes como la irreprochable conducta anterior.

1.4.2 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

En materia de Responsabilidad Civil encontramos la Responsabilidad Contractual y la Extracontractual. Este doble tratamiento a algunos autores les resulta criticable, señalando que nada justifica la existencia de reglas distintas para la indemnización de los perjuicios ocasionados según exista o no contrato entre el paciente y el médico. Por lo mismo se propone unificar las normas aplicables a la responsabilidad médica, sin importar si existió o no contrato. Esta distinción no es relevante, señalando que en general se aplican los deberes generales de cuidado, ya que aunque exista contrato rara vez se trata de convenciones donde se detallan con precisión y expresamente los deberes del profesional. Además desde el punto de vista probatorio y sobre todo en lo relativo a la presunción de culpa, tampoco es de gran importancia esta distinción, dado que el contenido de una obligación contractual de medios es equivalente a los deberes de prudencia y diligencia que rigen en sede extracontractual. La situación estratégica de las partes es análoga en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios a la de un juicio de responsabilidad extracontractual regido por el estatuto general de la culpa probada, porque en ambos casos, quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado.

En resumen no existen diferencias fundamentales entre la responsabilidad contractual y la extracontractual como son la naturaleza y prueba del deber de cuidado, el estándar de cuidado debido y los deberes conexos de información.

¿Responsabilidad Contractual o Extracontractual?

La Responsabilidad del profesional Médico, en general se radica en sede contractual, pues esta antecedida de una convención entre quien hace el encargo y quien presta el servicio. Se aplican a esta convención las reglas del mandato (art. 2118 del Código Civil) y supletoriamente las del arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2012 del Código Civil).

Al respecto don Enrique Barros Bourie en su Obra “*Tratado de Responsabilidad extracontractual*” expresa que las obligaciones de servicios contraídas por estos profesionales quedan sujetas a “*los deberes generales de cuidado*” de quienes actúan en el ámbito de intereses y de riesgos de terceros, siendo esta la regla general, y que no es usual que las relaciones profesionales estén contractualmente precisadas. En consecuencia, la definición del deber general de cuidado se plantea usualmente en términos análogos si la responsabilidad invocada es de naturaleza contractual o cuasidelictual. En ambos casos esos deberes son definidos por el derecho y no por la convención y no hay razones de principios para que su alcance sea diferente si alguien solicita voluntariamente un servicio médico (responsabilidad contractual) o si llega inconsciente al hospital (responsabilidad extracontractual).

Los profesionales tienen el deber de adoptar, dentro de lo que resulta económicamente exigible, las medidas que satisfacen las expectativas normativas de seguridad que los terceros tienen respecto de su capacidad como expertos.

La responsabilidad médica da lugar a la situación de concurso de responsabilidades, esto es, puede ser planteada en sede contractual como extracontractual.

Las obligaciones que contraen los médicos pueden ser de medios o de resultados. La obligación es de medios cuando el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por ésta. En cambio es una obligación de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener.

La regla general es que las obligaciones profesionales sean de medios, esto es, que den lugar a deberes de prudencia y diligencia, pues lo que usualmente se exige del experto es el empleo del cuidado debido para procurar el interés que se persigue.

De esto se colige que a falta de convención que precisen los deberes de quien se obliga a prestar un servicio, el contenido de la obligación contractual de medios es equivalente a los deberes generales de prudencia, diligencia y cuidado que rigen en sede extracontractual. En uno y otro caso, por lo general, estos deberes no tienen por antecedente la convención que los determine, sino las exigencias de cuidado impuestas por el derecho.

Las obligaciones de medios plantean cuestionamientos respecto de las normas reguladoras de la prueba de los artículos 1547 y 1698 del C. C.; disposiciones que radican la carga de probar la existencia de una obligación contractual por el acreedor, el deudor debe probar su cumplimiento o el caso fortuito; y si no lo logra el incumplimiento se presume culpable. Estas normas operan sin dificultad en materia de obligaciones de resultado, pero plantean ciertas dificultades en relación a las obligaciones de medios.

En el caso de una obligación de medio, no solo cabe probar el cumplimiento de la obligación por actos objetivos, sino también, preguntarse sino dichos actos fueron ejecutados cumpliendo este deber general de diligencia y cuidado, para en definitiva liberar de responsabilidad al deudor. De este modo, la pretensión del demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por probado que la conducta invocada por el médico como un acto extintivo de la obligación no ha observado los estándares de cuidado requeridos.

Hemos de concluir que tanto en sede contractual como en el caso de un juicio por responsabilidad extracontractual regido por el estatuto general de la culpa probada, la situación es análoga, ya que en ambos casos, quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado.

1.4.2 a) DAÑOS QUE SE INDEMNIZAN.

El daño es un elemento esencial de la responsabilidad civil en general. Sin daño no hay nada que indemnizar.

Los daños por negligencias médicas no se diferencian de las hipótesis generales de responsabilidad civil. Debe distinguirse entre daños materiales y morales. En los daños materiales se distingue el daño emergente representativo de los gastos en que haya incurrido la víctima: costo de la intervención, traslados, insumos, etc. Y, además, el médico puede quedar expuesto a indemnizar el lucro cesante que corresponde a los ingresos no percibidos por la víctima en razón de la negligencia. En cuanto al daño moral, consiste en el dolor, pesar o angustia de la víctima. Pero no se agota en esta manifestación, sino que comprende también el daño estético, la pérdida de actividades recreativas o pérdida de capacidades fisiológicas. Ahora, el drama del daño moral es la forma de cuantificación. Los jueces han estimado que son libres para determinar de manera discrecional el monto de su indemnización. Éste es un concepto bastante confuso e imposible de cuantificar en forma objetiva.

1.4.2 b) PROCESO DE MEDIACION.

La Ley 19.996 del año 2006, establece un procedimiento de mediación ante los posibles conflictos que puedan suscitarse entre las personas que requieren del área de la salud, sean públicos o privados.

La presente ley se encuentra complementada por el decreto supremo número 47, que contiene el reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o de sus funcionarios y prestadores privados de salud

La Mediación es un procedimiento no adversarial que tiene por objeto propender a que mediante la comunicación directa entre las partes y con la intervención de un mediador ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia. Este procedimiento tiene por objeto facilitar a la víctima la obtención de una reparación mediante un procedimiento expedito y menos costoso.

El procedimiento de mediación se caracteriza por:

- Restar toda posibilidad de dar la mas mínima connotación que hay una situación de conflicto.
- Comunicación directa sin intermediarios entre el afectado y quien genera la situación negativa.
- Las partes “solos” ayudadas de ciertas técnicas logran superar el conflicto

Aplicación de la Mediación.

En materia de aplicación las reglas son diferentes respecto de las prestaciones de salud pública y privada.

Están sujetas a una mediación obligatoria los reclamos en contra de los prestadores públicos de salud, ya sea que se dirija en contra de prestadores institucionales o contra los funcionarios.

Cuando el reclamo es deducido en contra de prestadores del sector público, la mediación recae en el Consejo De Defensa Del Estado que para el efecto ha creado un departamento de mediación.

La ley autoriza la interposición de acciones judiciales sólo cuando haya fracasado el procedimiento de mediación, lo que ocurre si no hay acuerdo dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la primera citación al reclamado, o de la prórroga convenida , si este fuera el caso.

Por otra parte, las acciones en contra de clínicas y médicos privados están sujetas a una mediación que en términos de don Enrique Barros Bourie deviene facultativa, por cuanto ésta se entiende fracasada si falta acuerdo entre las partes acerca de la persona del

mediador. Con todo, las acciones judiciales sólo pueden intentarse si se muestra que ha fracasado esa gestión.

En el caso de los prestadores privados el requerimiento es directamente ante la Superintendencia de salud y cuyo conocimiento recae en mediadores acreditados como tal ante dicho organismo.

Principios en que se Sustenta la Mediación.

El proceso de mediación se sustenta en una serie de principios, que a continuación se señalan:

I. Celeridad.

Está delimitado por la ley, plazos precisos para el mediador, el impulso le corresponde a él, es decir quién requiere a las partes su asistencia es el propio mediador. Vencido el plazo de mediación y si no hay prórroga, termina la mediación y pueden intentarse las acciones legales pertinentes.

II. Igualdad.

Las partes deben encontrarse en condiciones similares para adoptar acuerdos y en caso necesario el mediador adoptara las medidas pertinentes para lograr este equilibrio. Sin embargo, en la práctica la mayoría de las veces las partes se encuentran en una situación de desigualdad.

III. Voluntariedad.

El proceso de mediación, si bien es obligatorio como paso previo para deducir acciones legales, cualquiera de las partes podrá optar por no proseguir con el procedimiento de mediación.

IV. Imparcialidad.

El mediador debe actuar de manera objetiva respetando el principio de probidad consagrado en la legislación.

V. Confidencialidad.

Aquí impera el secreto profesional absoluto, existe obligación de reserva de todo lo obrado en el procedimiento de mediación. Si en el proceso de mediación una parte reconoce su responsabilidad o culpa, eso no se puede hacer valer en un posterior juicio, de hacerlo sería considerada como prueba ilícita.

VI. Probidad.

Este principio implica mantener una conducta intachable, un desempeño honesto, leal, franco, transparente, con preeminencia total del interés de las partes por sobre el particular.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA CIRUGÍA PLÁSTICA.

Consideraciones previas:

No es de sorprender el cauce actual por el que viene discurriendo la creciente contractualización de las relaciones médico paciente. Con la globalización del conocimiento y la forma de acceder a ella se produce una “liberación” de aquellos ámbitos que antes permanecían en el hermetismo de la práctica médica, en una suerte de misterio cuya aplicación solo permanecía en poder de quienes profesaban dicha ciencia. Tal panorama ha sufrido cambios ostensibles al día de hoy, y por el contrario, estamos llegando al punto en que los procedimientos médicos bien pueden llegar a una suerte de razonable estandarización en muchas áreas, y de esta forma el modo de trabajar en el quirófano por parte del profesional puede quedar registrado desde los aspectos más superficiales hasta los detalles más relevantes. Esta situación hace que tengamos acceso a la forma en que el profesional llevó a cabo su labor y podamos de esta forma establecer un control mucho más minucioso de su desempeño, pudiendo de esta manera establecer sin muchas ambigüedades ni injusticias y de manera más razonable su responsabilidad profesional, si es que esta ha irrogado un perjuicio para un paciente. Son estos aspectos los que han colaborado en el auge de la exigibilidad de la responsabilidad médica. Con todo, aun estamos lejos de que estos avances permitan que el acto médico asegure los resultados deseados al momento de tratar una determinada patología o garantizar la evolución de un determinado tratamiento, es decir, de asegurar los resultados de su actividad profesional. Aun con todos los amplios e impactantes avances de la ciencia médica no se puede asegurar esta circunstancia, sobre todo como se verá en el campo de la cirugía plástica. Esta circunstancia creemos es un elemento indiscutible a la hora de ceñirnos a una posición respecto de que cual es el tipo de obligación que le sería exigible a un profesional médico. Con esto nos estamos refiriendo a la responsabilidad de medios cuya primera clasificación fue hecha por el jurista francés Jean Demogue para diferenciarla de la de resultado, quien la definió como: “aquella en que el deudor solo se compromete a emplear la prudencia y diligencias necesarias para llegar al fin perseguido por el acreedor” esto como se ve se contrapone a una obligación de resultado que Baltazar Guajardo al tenor de Alessandri la define en estos términos; “en la obligación

de resultado el deudor se compromete a obtener un resultado determinado, a conseguir el fin perseguido” (2002:p.83)

Claramente no es posible imaginar a un Médico señalando; “no se preocupe, su brazo cercenado quedará como nuevo después de su reimplantación” o que sencillamente se le obligue a indemnizar a su paciente porque no resultó dicha operación, tal figura resultaría irracional. Pero no es nuestro propósito desarrollar esta discusión, sino mas bien mostrar los aspectos médico legales de esta sencilla implicancia, esto es el deber de cuidado y diligencia, los aspectos éticos que se involucran en la cirugía cosmética y determinadas pautas médicas que apuntan a perfilar la obligación de medios en la cirugía.

1. LA CIRUGÍA PLÁSTICA

Un aspecto que se quiere destacar en este trabajo es examinar y revisar los aspectos técnicos y prácticos de la cirugía plástica y en la medida de lo posible, desde un conocimiento general establecer el punto de vista médico, en qué consiste la cirugía plástica reconstructiva y la cirugía plástica cosmética o estética. Analizar la obligación de diagnóstico y sus implicancias en el ámbito ético cuando se refiere al diagnóstico cosmético y el deber de información. Las implicancias civiles en lo referente al estatuto jurídico aplicable.

Debemos tener presente que la cirugía plástica constituye una *especialidad* dentro de la medicina general, y como tal se compone de los estudios cursados por un egresado que ha obtenido el título de Licenciado en Medicina, que lo dota de un conjunto de conocimientos médicos especializados relativos a un área específica de los estudios médicos y a técnicas quirúrgicas específicas o a un método diagnóstico determinado.

Lo primero que hay que tener presente en la cirugía plástica, es que pertenece a aquel género de especialidades denominadas *quirúrgicas*, que se corresponden con la figura de cirujano, y utilizan *medios invasivos* para tratar, modificar o extirpar físicamente la estructura patológica, o la zona que se solicita intervenir a petición del paciente en el caso cosmético.

La cirugía plástica es una *subespecialidad* de la cirugía general que está dedicada a la *restauración funcional y cosmética de las deformaciones físicas*. Y esta se puede subclasificar a su vez en cirugía plástica reconstructiva y cirugía plástica estética o cosmética.

La cirugía plástica reconstructiva es una subespecialidad dedicada a la restauración funcional y cosmética de las deformidades físicas. Esto incluye aunque ciertamente no solo está limitado, a corregir la disfunción y desfiguro de la región maxilo-facial, mano, traumatismo de extremidades inferiores, quemaduras (térmicas, eléctricas y causticas) amputaciones de partes corporales (dedos, cuero cabelludo, pabellones auriculares y pene) resecciones mayores de cáncer (cabeza y cuellos, senos, genitales y extremidades) úlceras por presión, fracasos en la cicatrización (osteoradionecrosis, osteomielitis, dehiscencia de heridas posquirúrgicas) y trastornos y malformaciones congénitos como labio y paladar hendidos, sindactilia defectos por mielocela.

Por otro lado *la cirugía plástica estética o cosmética*. Es un complemento de la cirugía reconstructiva, corrige la distorsión asimétrica de los contornos corporales, y las deformidades y estigmas debidos al proceso de envejecimiento, o de desarrollos mórficos no deseados. Los procedimientos estéticos más comunes están constituidos por la ritidectomía, blefaroplastia, rinoplastia, otoplastía, mamoplastía de aumento o reductiva, abdominoplastía y lipectomía por aspiración. Entonces como se puede apreciar la cirugía reconstructiva se vincula con ámbitos propios de la salud más clásica. En cambio la cirugía cosmética entra en un área o zona gris que es más difícil vincular a esta noción de salud, pues el probable padecimiento del sujeto que solicita dicha intervención es de carácter psicológico

Los puntos más fundamentales a que debe atender un profesional que se desarrolla en el ámbito de este tipo de cirugía y sobre los cuales debe tener un buen manejo de conocimientos, son principalmente la anatomía y fisiología de la cicatrización y la patofisiología de los tejidos lesionados o a corregir, esto es fundamental para la aplicación de métodos con éxito en cirugía plástica reconstructiva y estética. Los avances más importantes como microcirugía, cirugía cráneo facial y la aplicación del conocimiento de la anatomía funcional, ha sido capaz de mejorar la resolución de problemas recurrentes de las

heridas de cada región anatómica del cuerpo, esta cualidad hace que la cirugía plástica a menudo sobre pase o colabore con estas subespecialidades quirúrgicas.

1.1. CUIDADOS EN LA CIRUGÍA PLÁSTICA RECONSTRUCTIVA.

En este trabajo no se encuentra entre nuestros objetivos agotar la casuística que presenta cada intervención quirúrgica y el correlato pertinente a las complicaciones que pudiese traer dichas intervenciones. Sin embargo sano es revisar algunos aspectos muy generales acerca de la reparación de tejidos y también acerca de los principales procedimientos cosméticos para así desarrollar de manera muy somera, cual es el contexto en el cual se desarrolla la labor de esta disciplina. Ahora bien, como no profesamos la praxis profesional médica de esta disciplina en este punto nos remitiremos a simplificar en la medida de lo posible y a reproducir lo que señalan los diversos textos a estos respectos guardando de no atribuirnos ninguna autoría sobre estos particulares, ya que el propósito de esta pormenorización se encuentra en sostener que el ejercicio de esta disciplina es posible ser abordada de un modo procedimental general, sin tener por que quedar delimitada en una especie de tabú.

La cirugía reconstructiva o reparación plástica comprende principalmente los siguientes ámbitos:

1. Tejidos
2. Heridas agudas.
3. Lesiones Maxilo-faciales
4. Lesiones y enfermedades de las extremidades.
5. Reimplante de partes amputadas.
6. Ulceras por presión
7. Cirugía de Mamas.
8. Malignidades cutáneas.
9. Labio y paladar Hendidos

A modo de acercamiento de las ciencias médicas al campo jurídico de la responsabilidad desarrollaremos los 2 primeros ítems para ilustrar de qué manera funciona este campo de la medicina.

1.1.1 ACCESO A LA REPARACIÓN PLÁSTICA DE TEJIDOS.

La planeación de una reparación quirúrgica requiere ante todo una correcta y precisa valoración del defecto tisular, e incluye la identificación de factores que puedan impedir la cicatrización. También exige que haya claridad respecto de cuál va a ser el resultado que se quiere tener al final el proceso reconstructivo, para ello se requiere un preciso análisis tanto de los aspectos funcionales como cosméticos del defecto mismo.

Al respecto debemos señalar que un resultado exitoso depende en gran medida de la correcta valoración preoperatoria que realice el profesional. Este punto servirá para medir el trabajo previo del interviniente cuando este no logre los efectos buscados y prometidos al paciente, en caso de resultados insatisfactorios.

1.1.2 LESIONES AGUDAS DE LOS TEJIDOS:

Los mecanismos de las lesiones de tejidos blandos incluyen avulsiones laceramientos, machacamientos y amputaciones es importante señalar esto para determinar la medida del tratamiento que se utilice, cuestión que también va a depender de la viabilidad de los tejidos y de su disponibilidad.

De esta forma el profesional debe velar por estas medidas esenciales;

- 1) Inmunización contra el tétanos: en el caso de heridas con objetos metálicos corroídos u oxidados es una cuestión elemental revisar este aspecto para luego determinar el estado de inmunización y administrar el toxoide, globulina hiperinmune o la inmunización activa según sea apropiado.
- 2) La anestesia por lo general será de aplicación local y la de carácter general o los bloqueos regionales quedan reservados para heridas complejas en el quirófano, esto dependiendo de la duración de la intervención (más de 2 horas) y el grado de complejidad de la reparación.
- 3) Debe hacerse un examen de la lesión en orden a revisar si queda algún tipo de cuerpo extraño en la misma como por ejemplo vidrios u otros elementos, para esto basta un examen visual y la palpación si la herida no reviste mayor complejidad.

- 4) Desbridación: el corte debe limitarse a la conservación de los tejidos desvitalizados. Se recomiendan los cortes en ángulos de 90 grados para efectuar el menor compromiso posible de tejidos dérmicos y de esta forma lograr una minimización y adecuada cicatrización dérmica.
- 5) El manejo cuidadoso y delicado de los tejidos con pinzas finas para evitar desvascularizaciones y machacamientos innecesarios, para lo que es necesaria la adecuada cauterización de los puntos hemorrágicos.
- 6) Para obtener una adecuada reparación de los tejidos es necesario una coaptación (unir las partes anormalmente separadas) precisa, sin tensión de la dermis y epidermis y sin estrangulación de los tejidos intermedios que puede resultar en necrosis y en cicatrices “cruzadas” permanentes. Este es un tema crucial para la obtención adecuada de resultados cosméticos que sean lo menos indeseados posibles, por ello poniéndonos más técnicos aún añadiremos en este punto:
 - a. Utilización de suturas absorbibles (Los hilos de sutura absorbibles no necesitan ser retirados y se emplean en el dermis o subcutáneo para aproximar los bordes de la herida y disminuir la tensión en la sutura subcutánea o hipodérmica) como el catgut que es un hilo natural y no sintético para la aproximación de mucosa, músculo, tejido subcutáneo y dermis.
 - b. La piel puede cerrarse con suturas que se conocen como continuas o alternas, colchoneras o intradérmicas continuas y reforzarse con vendones según sean las necesidades para obtener una correcta aposición de los bordes de la piel.
 - c. Otro aspecto de gran relevancia es el periodo de tiempo necesario para retirar las suturas, los cuales son variables dependiendo de la zona del cuerpo que se trate. Así tratándose de suturas efectuadas en la cara estas se deben retirar entre los 4 o 6 días para evitar la epitelización de los trayectos de las suturas, las cuales pueden resultar en cicatrices punteadas permanentes que se ubican de manera adyacente a la incisión.
 - d. Tratándose de otros sitios anatómicos que requieran de un apoyo adicional mayor, pueden dejarse de 10 a 14 días o reforzarse con vendoteles luego que se proceda al retiro inicial de las mismas.

- 7) En caso de que el paciente se presentase luego de transcurridas 12 horas aproximadamente luego de la lesión se encuentra altamente contraindicado el cierre directo de gran parte de las heridas, esto debido a que existe una alta probabilidad de infección de la herida.
- 8) En caso de lesiones producidas por mordeduras humanas esta categóricamente contraindicado el cierre de la sutura. Para tratar este tipo de situaciones se recomienda posponer la sutura de las heridas durante 3 o 7 días, si es el caso de lo contrario también se puede proporcionar el tratamiento para heridas expuestas, la hospitalización, y la administración de antibióticos parenterales.
 - a. Tratándose de una herida facial resultante de una mordedura esta dentro del abanico de posibilidades el considerarse el cierre inmediato de la herida con el fin de evitar la aparición de una devastadora y grave de una cicatriz visible en el rostro del afectado.
 - b. En caso de la aparición de una infección temprana puede ser necesaria el tratamiento para heridas expuestas señalado anteriormente a parte de la administración de antibióticos de amplio espectro, irrigación abundante para posteriormente efectuar la sutura sin tensión.
- 9) La mayoría de las mordeduras provocadas por animales pueden aproximarse sin tensión con profilaxis antibiótica en conjunto con Pasteurella Multosida. El tratamiento cuidadoso siempre debe incluir el correspondiente aviso a las autoridades públicas. El tratamiento para la rabia dependerá en último término de los hallazgos clínicos que se efectúen.

1.1.3. RESPECTO DE LOS MÉTODOS PARA CERRAR HERIDAS.

1. Tratándose de heridas respecto de las cuales se pueden descartar lesiones a estructuras adyacentes o profundas tales como nervios, arterias o tendones por ejemplo se puede efectuar la sutura directa.
2. Cuando la insuficiencia de tejido sea tal que imposibilite el cierre de la herida sin tensión, la realineación del tejido local o el tejido suplementario puede hacerse con la elevación de colgajos locales, esto se hace a través del “método de transferencias”

3. Respecto de la transferencia de tejidos no vascularizados;
 - a. Tratándose de los injertos cutáneos de espesor parcial, es inevitable una cicatriz permanente y visible en este sitio a pesar de que el sitio donador cicatriza espontáneamente a partir de los elementos dérmicos residuales y de los apéndices epidérmicos de la piel. Los injertos de espesor parcial tienden a hiperpigmentarse sobre todo a la contracción posterior del injerto por lo tanto su uso no es óptimo para igualar el color de la cara y para cubrir superficies en donde la distensión elástica es una necesidad funcional (por ejemplo, sobre las superficies articulares) se requieren de 7 a 14 días para que el injerto se vascularice o “prenda” de manera irreversible. Las causas más comunes de fracaso en la vascularización del injerto son el desplazamiento del injerto y el lecho receptor, control bacteriológico inadecuado de la herida y la insuficiencia venosa o arterial del lecho del injerto.
 - b. Injertos cutáneos de espesor total: incluyen elementos dérmicos y epidérmicos. Los sitios donadores se cierran en forma directa con suturas. Los signos clínicos de vascularización pueden tardar más para ser aparentes. Las ventajas del injerto de espesor total son; mayor durabilidad, disminución en la contracción del injerto, mejoramiento en la reinervación sensorial y mejora en la igualdad del color en las heridas faciales, en especial si la piel se obtiene de las regiones pre o post auricular o supraclavicular.
 - c. Injerto compuesto: Contiene más de un elemento tisular y como los injertos de piel, depende completamente de la vascularidad del lecho receptor para su supervivencia. El volumen de tejido que exceda un cm. Cuadrado, no puede ser trasplantado con seguridad, sin la pérdida isquémica del injerto compuesto. Su uso está indicado en defectos específicos de contorno en estructuras especializadas como nariz, pabellón auricular o pezón.

2. CIRUGÍA PLÁSTICA ESTÉTICA O COSMÉTICA.

La cirugía estética responde a la solicitud electiva del paciente para mejorar los contornos faciales o corporales.

En este apartado señalaremos cuales son los procedimientos de carácter estándar más recurridos haciendo una breve reseña de cada uno de ellos.

Ritidectomía y blefaroplastia: Corrigen las marcas faciales del proceso de envejecimiento, caracterizado por la laxitud cutánea generalizada (ptosis de la piel supratarsal, redundancia de la piel de párpados inferiores ptosis y acentuación de los pliegues nasolabiales, formación de papadas en el borde inferior de la mandíbula, laxitud de la piel del cuello que resulta en borramiento del ángulo mentoniano cervical normal)

- a. Ritidectomía: Re suspende la piel facial y del cuello después de la resección de la piel redundante y el exceso de grasa subcutánea a través de incisiones periauriculares y en el cuero cabelludo. Las complicaciones potenciales incluyen hematoma y lesión del nervio facial.
 - b. Blefaroplastia: reseca la piel redundante de los párpados, quita la grasa retroseptal y profundiza el pliegue supratarsiano para restaurar los párpados superiores e inferiores para el logro de un contorno más joven. Las complicaciones potenciales incluyen hematoma ectropión y muy rara vez ceguera.
 - c. Levantamiento de cejas: resuspende la frente y reduce las líneas de arrugas tanto horizontales como verticales, a través de una incisión transcoronal, posterior a la línea frontal del cabello las complicaciones potenciales incluyen, hematoma y alopecia focal, en la línea de incisión.
2. Rinoplastia estética.: Corrige deformidades tanto congénitas como traumáticas del contorno, incluyendo la convexidad nasal prominente del dorso, punta nasal voluminosa, y ensanchamiento de la pirámide nasal ósea. La resección submucosa puede efectuarse en forma simultánea para corregir la desviación septal, que se

observa con frecuencia en las deformidades del paladar hendido post traumáticas o congénitas.

3. Abdominoplastía: Reduce el contorno del tronco a través de la recepción del panículo abdominal, lipectomía del colgajo de piel abdominal y resuspensión de la piel, reducida desde los márgenes costales hasta las regiones inguinales y pubis. La abdominoplastia, la braquioplastia y el levantamiento de los muslos, son adyuvantes cuando existe la necesidad de una reducción corporal total de piel, que se observa después de la pérdida masiva de peso, o como resultado de los procedimientos de derivación gástrica.
4. Liposucción asistida (lsa): reduce la grasa subcutánea a través de la inserción de una cánula de succión, por una incisión de 0.5 Cm. Que elimina la necesidad de una cicatriz quirúrgica por lipectomía. La lsa es aplicable a las áreas localizadas de adiposidad firme sin exceso de piel laxa:
 - a. Los sitios que comúnmente requieren reducción de contorno incluyen, la parte inferior del abdomen, cintura, flancos, caderas, regiones glúteas y muslos.
 - b. La Lsa es útil en la lipectomía que se efectúa por ginecomastia, abdominoplastía y ritidectomía o levantamiento de cuello.
 - c. Las complicaciones potenciales incluyen hemorragias, irregularidades de superficie, hiperpigmentación e hipoestésia.

3. DIAGNOSTICO Y RESPONSABILIDAD EN LA PROFESIÓN MÉDICA.

Respecto al ámbito civil es necesario señalar desde ya que no es posible determinar todas y cada una de las obligaciones y consiguientes responsabilidades que son de cargo del médico, no solo por la complejización de las prestaciones médicas que abarcaría varios capítulos su desarrollo en el ámbito civil, sino que además por ser precisamente el contrato de prestaciones médicas un contrato sui generis e “innominado” (cuestión como se sabrá mal denominada, por que el contrato si posee nombre, lo que no tiene es una regulación propia u orgánica) Ahora bien, si nos hacemos cargo de la idea de que este vínculo contractual encierra finalmente una relación de medios, debemos entender que todas aquellas cosas que son de la naturaleza de éste contrato médico deben entenderse

incorporados a este y en especial aquellas cuyo objeto atienden a la salud o el alivio del enfermo y a todo lo que la equidad y la costumbre se entienda pertenecer a este contrato. Tal es el tenor del artículo 1546 que señala; “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.” Cuestión como se ve, se relaciona de manera esencial con la buena fe, ahora bien dentro de estas obligaciones y en especial la de ejecutar el contrato de buena fe la otra obligación fundamental esta constituida por la de dar un diagnóstico, obligación que juega un rol esencial pues a partir del diagnóstico se va a desplegar la actividad profesional posterior sobre el paciente.

Esta dinámica que ponemos de manifiesto, esta especial conjugación, que por un lado consiste en ejecutar el contrato de buena fe (especialmente por la entidad de los bienes jurídicos comprometidos) y por el otro la de determinar un diagnóstico producirá una especial configuración respecto de lo que podríamos señalar como las obligaciones fundamentales del contrato de prestaciones médicas.

En esta materia nos ceñimos a lo sostenido por Baltazar Guajardo quien señala que las obligaciones fundamentales del medico serían:

“-Obligación de llevar a cabo la actividad tendiente a obtener un diagnóstico certero.-
Intervenir o tratar diligentemente al paciente. – guardar secreto profesional” (2002: p.63)

Dado nuestro objeto de estudio nos centraremos en las dos primeras, y partiremos señalando que si bien el autor señala que se puede hablar simplemente de obligación de diagnóstico, no se trata de una precisión banal al hablar de “llevar a cabo la actividad tendiente a obtener un diagnóstico certero” El diagnóstico aun en los tiempos que corren no esta dentro de las posibilidades de exigencia a un profesional que lo realice dentro de un rango del 100% de precisión, pues aun son muchos los factores que entran en juego, muchos de ellos se vinculan con formas muy particulares (sobre todo en casos de alta complejidad que resultaron de manera exitosa) de apreciar los elementos de juicio, no de manera infrecuente hasta en contra del sentido común y comprendiendo de una buena dosis de aquello que se conoce como “intuición”

Son estos los aspectos que en buena medida determinan la responsabilidad del profesional. Al médico se le puede exigir que haga un buen manejo de los conocimientos científicamente afianzados en su disciplina, se le puede exigir prudencia y diligencia en su actuar pero ello siempre va a estar vinculado con la administración de los “medios” de los cuales dispone (que se centran principalmente en sus conocimientos, experiencia y el juicio que hace de ellos) pero no se le puede exigir resultados que no dependen de su labor como profesional, por que sencillamente le estaríamos responsabilizando de factores que escapan al conocimiento y a la praxis actuales de la medicina.

Los elementos que disponemos para avalar científicamente estas afirmaciones, sobre todo en el campo de la cirugía cosmética y reparatoria, están determinados por la dinámica propia de cada campo. El renombrado cirujano en traumatología y otras especialidades Curtis P. Artz quien hiciese amplias contribuciones en el campo de la cirugía, la traumatología, shock y quemaduras, también Junto al célebre James D. Hardy en su libro *complicaciones en cirugía y su tratamiento* señalan en lo que se refiere precisamente al tema de las infecciones en cirugía, que son complicaciones que van más allá del manejo estándar de las posibilidades clínicas de un tratamiento determinado; “la infección sigue siendo uno de los principales problemas no resueltos de la cirugía. Toda herida operatoria hecha por el cirujano esta contaminada con bacterias. Antes del advenimiento de la cirugía aséptica la mayoría de las heridas quirúrgicas se infectaban. La introducción reciente de antibióticos específicos y de agentes quimioterápicos ha influido sobre la frecuencia y el curso de muchos tipos de infección. A pesar de estos progresos la infección es una de las causas más importantes de morbilidad y mortalidad en los pacientes quirúrgicos. Los tipos de bacterias que ocasionan infecciones tienen una evolución continua. Se descubren constantemente muchos antibióticos nuevos. Sin embargo, a medida que el hombre se apresura para hallar nuevos agentes de lucha, parece que un número cada vez mayor de bacterias desarrollan resistencia. Ha surgido flora bacteriana cambiante por el uso de los agentes antimicrobianos. Es dudoso si el hombre alguna vez podrá vencer por completo a todas las bacterias; por consiguiente, prevención y tratamiento de las infecciones postoperatorias continuará siendo en todas las épocas de gran importancia para el cirujano.” (2002: p.1)

Esto es solo una de muchas dificultades con que deben lidiar en el quirófano, varias de ellas si bien pueden ser previsibles, siempre existe un número de ellas que son simplemente inmanejables en su evolución. Dentro de este mismo ámbito se sabe que invariablemente habrá un número determinado de sujetos que presentara complicaciones, de aquí se sigue que la eficiencia de los recurso juega un rol clave a la hora de determinar un diagnóstico. Aquí la eficiencia guarda relación con la habilidad con que se emplean los recursos, para lograr un determinado fin. Por ejemplo tratándose de infecciones en operaciones, la tasa es de 1 y 2 por 100 en las heridas limpias, esto es en las incisiones practicadas al interior del quirófano. Pero estas tasas aumentan si se tienen en cuenta otras complicaciones como la dehiscencia, la hernia, y el hematoma que elevan la proporción a 5.

Otra complicación aun mayor es la que paradójicamente se ha venido a presentar al tener en cuenta la amplia gama de nuevas tecnologías para efectuar los diagnósticos lo que ha venido en cierta forma a ampliar más allá de lo deseado las posibilidades de instrumentos para establecer determinados cuadros patológicos. Así dentro de lo que se conoce como las técnicas de diagnóstico por imagen, en la práctica clínica, han traído nuevos desafíos, y resulta ilustrador el mensaje de un grupo de científicos de la Organización Mundial de la Salud “hay tantos métodos de diagnostico por imagen, que tal vez los médicos necesiten orientación para poder escoger lo mejor entre el abrumador numero de posibilidades para la resolución de cada problema clínico. Quizás se necesiten consejos para algo más que el primer procedimiento de diagnóstico por imagen elegido, por que este no siempre da la respuesta deseada, y, según los resultados, es probable que haya realizar otros. La alternativa está en someter al paciente a toda una serie de exámenes y esperar que por lo menos uno permita emitir el diagnóstico. Esta es una forma bastante inaceptable de ejercer la medicina por causa del costo y del riesgo de lesiones por radiación que acarrear los exámenes innecesarios.”(1990: p. 9)

Basta oír las consideraciones de este grupo de científicos para dejar de lado cualquier consideración que pretenda sustentar una obligación de carácter objetivo aplicable a la responsabilidad profesional médica. Es la propia naturaleza de los instrumentos idóneos para la obtención de un diagnóstico por imagen, la que permita calificarla respecto de la elección misma como un asunto difícil y polémico. La secuencia correspondiente varía de

acuerdo con muchos factores: el equipo disponible, los conocimientos prácticos del médico, la calidad que se espera de los resultados, la calidad de la interpretación y la conclusión que se puede derivar. Las circunstancias locales modificarán la necesidad; por ejemplo, el diagnóstico exacto de una clase de tumor cerebral no es un asunto urgente si no hay neurocirujano. Hay que tener en cuenta además, la calidad del servicio clínico local y poder determinar asuntos sencillos como que se puede hacer con el paciente después de emitir el diagnóstico, por tanto es preciso establecer prioridades y tener en cuenta las múltiples variaciones locales de la técnica de diagnóstico por imagen empleada para el examen de cada paciente.

Todas estas cuestiones son argumentos médicos concluyentes, en el sentido de que no es racional exigir del profesional un cumplimiento cabal del restablecimiento de la salud del paciente, (al menos en el campo de la cirugía como hemos podido comprobar) por la sencilla razón de que el profesional médico no se encuentra en posición de controlar todas las variables de las que depende el restablecimiento mismo de la salud del paciente, y ni siquiera aquellas respecto de las cuales depende la obtención misma de un adecuado diagnóstico.

El grupo de científicos de la Organización Mundial de la Salud al respecto es categórico en la necesidad de perfilar directrices adecuadas para acercarse de la mejor manera posible a un diagnóstico adecuado, a través de técnicas por imagen, pero siempre reconociendo de que aun con todos estos recursos técnicos, no se asegura un resultado definitivo en el campo del diagnóstico. De esto se concluye que el simple error de diagnóstico, no genera ipso-facto una responsabilidad para el profesional que lo emite, siempre que haya sido el caso que agoto todos los medios de que disponía para llevar a cabo su labor y acercarse de la manera más aproximada al diagnóstico requerido. Para responsabilizar al profesional es necesario que haya mediado en su conducta negligencia (no utilizó todos los medios de los que disponía) o ignorancia crasa de las circunstancias científicas que mediaron en el error y que debía conocer en razón de su profesión o experticia y que no le son excusables conocer.

Ahora bien cuando ya tenemos este panorama clarificado, llegamos a una zona en la cual es necesaria revisar la debida diligencia por parte de las actuaciones médicas que realiza el profesional, y al respecto solo nos remitiremos a señalar que la valoración ética de dichos

actos es muy importante puesto que constituyen parte integral de la praxis médica y que es la zona en que se agotan las posibilidades de conocimiento científico y solo queda la prudencia y la intuición del médico. Dicho esto como se verá a continuación cobra mucha importancia en el campo médico-cosmético.

4. ÉTICA EN LA CIRUGÍA PLÁSTICA COSMÉTICA.

El comité de ética de la Escuela de Medicina señala; “En el acto médico, el propósito inmediato debe conformarse siempre a lo que tradicionalmente ha sido la medicina: una ciencia multidisciplinaria al servicio de los enfermos en cuanto a mejorarlos, aliviarlos, y cuidarlos, y *una ciencia al servicio de los sanos, en cuanto a prevenirlos de la enfermedad*” (1999: p. 9) Esta noción clásica de la medicina se ha venido ampliar con el advenimiento de las cirugías cosméticas o al menos instaura elementos de discusión. Pues estamos ante un sujeto que se encuentra desde un punto de vista objetivo sano, y que sin embargo desde su particular situación intersubjetiva no percibe todo el bienestar necesario y su salud no estará completa sin un procedimiento quirúrgico que corrija imperfecciones estéticas o propias del paso del tiempo.

Es por eso que en este ámbito más que de paciente, se habla de un “solicitante” y en la producción de resultados lesivos para su persona derivadas del acto médico cobrará especial preponderancia la actividad desplegada por el profesional a la hora de haber informado las reales posibilidades de su intervención y de una correcta información acerca de todas las implicancias del procedimiento correspondiente.

Un aspecto importante entonces de la responsabilidad médica en la cirugía cosmética está constituida por la *información*, pues en último término como se verá más adelante intentaremos vincular este elemento con la posibilidad de acercamiento de la índole de la responsabilidad que afectaría al profesional en determinadas circunstancias, de esta forma, al suceder un incumplimiento por parte del profesional, parte de este incumplimiento estará constituido por lo que en un principio se obligó, es decir por lo “prometió” y que el profesional no cumplió o cumplió de manera imperfecta.

La información si bien es una parte muy relevante del diagnóstico, que es uno de los momentos de mayor relevancia en lo que se conoce como “el acto médico” conviene

diferenciarla del diagnóstico en sí, que según el jurista Javier Fernández Castelo señala; “la doctrina en general se encuentra conteste al momento de definir al diagnóstico como un conjunto de actuaciones médicas que tienen como finalidad determinar la naturaleza y las causas de la enfermedad fijando una conclusión clínica” (1988: p.167) de esta forma se trata del aspecto técnico de la labor médica que busca designar e identificar el tipo de afección que padece el paciente. Un aspecto muy relevante a tener en cuenta es que el diagnóstico es un elemento complejo que está integrado por aspectos muy relativos, que constituyen la noción de lo que es conocido también como el “ojo clínico” la agudeza particular que lo dote de la aptitud especial para “leer” los síntomas en forma adecuada, por ello se dice que el diagnóstico es un acto complejo. Sin embargo la información de la cual nos estamos refiriendo en este caso puntual no es aquella que suministra el médico al momento de comunicar el diagnóstico, sino que particularmente en la cirugía plástica cosmética, está constituida por el conjunto de posibilidades que se le ofrece al solicitante para que este de manera informada decida o no si está de acuerdo en efectuarse la intervención que está requiriendo, ya que como no se tiene ningún estado patológico que requiera una calificación por parte del profesional entonces al menos en un sentido estricto no cabe hablar de este tipo de diagnóstico.

Se trata del acto que es posterior a la “exploración” hecha por el médico al solicitante y que consiste en que el profesional le señala las posibles consecuencias de la intervención que le solicita realizar y las proyecciones de su apariencia con posterioridad a ese evento.

Ahora en esta etapa como en la mayoría de las actuaciones que acontecen en el marco del contrato de prestación de servicios médicos no hay ningún tipo de regulación particular ni tampoco de manera general, lo que lo deja supletoriamente a la integración que en casos litigiosos deba hacer el juzgador en el caso concreto teniendo como gran marco referencial el código ético a que están sujetos los profesionales de la salud.

Teniendo este dato presente veremos entonces que la ética médica “que forma parte de la “lex artis” a que está sujeto el profesional juega de pronto un rol muy importante, y así veremos que no solo la actividad desplegada durante la respectiva intervención profesional es determinante a la hora de verificar su responsabilidad, sino que esta entrará de alguna

manera en juego desde el momento mismo que el paciente “traspasa el umbral de la consulta” por así decirlo.

La información.

No es difícil poder situarse en los factores que entran en juego al ahondar en la relación médico-paciente. El profesional goza de una gran credibilidad frente al paciente, y frecuentemente se encontrará fácilmente en posición de violar su autonomía. Se trata aquí de determinar la facilidad con que el profesional puede incurrir en esta conducta apartándose de los cánones éticos. La manipulación médica se presenta cuando las acciones que el médico ejecuta, anulan la autonomía del paciente y no le permiten obrar libremente. Esto sucederá cuando se le oculte información relevante al paciente respecto de las posibles consecuencias que tendría la operación, o cuando la información misma que se le suministra es exagerada o poco realista de acuerdo a la conveniencia que busque el profesional.

El ejercicio profesional de la medicina se basa sobre dos principios fundamentales cuales son la capacidad técnica del médico y el consentimiento idóneo del paciente. El mundo moderno en general, pone el énfasis en la autonomía de la persona y por esto (entre varias de otras razones más) el paciente tiene derecho a exigir que se respete su derecho a elegir aceptar o rehusar cualquier acción médica. Y el consentimiento como el rechazo para que sean idóneos deben darse sobre la base de dos presupuestos copulativos cuales son:

- i. La competencia mental del paciente.
- ii. Información precisa, veraz y carente de cualquier tipo de inducción poco ética.

i. Competencia mental.

En el caso de las cirugías cosméticas el profesional respectivo una de las primeras evaluaciones que debe realizar es acerca de la competencia mental del paciente, antes de entrar a ponderar la cirugía misma.

Hay que tener en cuenta que hay un espectro de sujetos con determinadas patologías mentales cuyas anomalías consisten precisamente en realizarse intervenciones de índoles estéticas para modificar repetidamente su apariencia externa, anomalía que se conoce con el nombre de trastorno dismórfico corporal, debido a que el sujeto percibe de manera desmesurada en forma excesiva y anormal algún defecto en su imagen corporal, sea imaginario o real.

Dentro de las obligaciones que genera el contrato de prestaciones médicas sabemos que una de las obligaciones del paciente es el de información, es decir de aquellos elementos básicos que sirven para la conformación de la historia clínica del paciente. Pero que la omisión de este deber no puede servir para relevar al médico de su obligación de interrogar adecuadamente al paciente ya que para éste forma parte de la obligación de cerciorarse adecuadamente del diagnóstico.

Es de tener en cuenta que este es un ámbito que pertenece exclusivamente a la ética de cada profesional y que, no tratándose de un interdicto sometido a curaduría, no existen herramientas normativas que regulen este tipo de ámbitos mucho más sutiles y que se realizan de cotidiano en el campo de la cosmetología.

Lo que interesa señalar aquí es que el profesional tiene el deber de inquirir acerca del estado mental de quien desea solicitar una intervención cosmética, y así mismo tiene el deber de informar de manera adecuada, científica y simplificada las implicancias y repercusiones de dicha intervención. Y dicho propósito queda malogrado si el solicitante no cuenta con la aptitud mental adecuada para comprender dichas consecuencias.

ii. Información:

Un rol primordial que cumple el médico es la de brindar una adecuada información, pero, el primer problema que surge es en determinar cuando la información ha sido la adecuada ¿Cuándo estamos en condiciones de afirmar que el paciente ha contado con una información adecuada que le permita efectuar un consentimiento idóneo?

Uno de los primeros escollos que encontrará el paciente será la terminología científica que pueda emplear el profesional. Pues paradójicamente se sabe que nunca le fue más ajeno un ámbito tan propio como lo es su cuerpo y todo ello es debido a su complejidad y particular denominación. Sin embargo esta dificultad no puede convertirse en una herramienta para vulnerar la responsabilidad del médico ni tampoco como una eximente de la propia responsabilidad que le cabe al paciente cuando este decide libremente someterse a una actividad riesgosa. Por ello siempre se puede explicar y graficar los riesgos de una operación independiente de la complejidad terminológica que lleve en si dicha actividad.

Muchas veces se hablan de expectativas, de probabilidades y de pronósticos hechos sobre estas oscilantes probabilidades. Ello no debe llevarnos a confusiones academicistas, ni tampoco a eludir el compromiso de ambas partes.

Ahora bien hay que poner de manifiesto que el paciente es siempre libre de tomar alternativas que el médico puede considerar no adecuadas, siempre y cuando no representen un daño a terceros ni atenten contra la vida del paciente en modo de una certeza. Pues uno de los principios éticos esenciales de la medicina es el *conocido primum nil nocere o primum non nocere* que se traduce en castellano como "lo primero es no hacer daño". Se trata de una máxima aplicada en el campo de la medicina que frecuentemente se le atribuye (dudosamente) al médico griego Hipócrates.

A estos respectos se vuelve fundamental en estas páginas aludir a la labor propia de la medicina que según el jurista colombiano Velez Correa la define así: “La medicina es el arte y la ciencia que cuida la salud del ser humano. Se la describe como un arte ya que debido a que se propone la consecución de ciertos fines le es indispensable efectuar determinadas acciones, y se la considera ciencia por que se precisa de un conjunto de conocimientos elaborados y afianzados en el método propio de su quehacer.” (1990: p. 99)

Se dice respecto de la medicina que su objetivo primordial y central será siempre curar el sufrimiento. Y en el caso de las cirugías plásticas reconstructivas o estéticas se busca aliviar un dolor psicológico o funcional anatómico que conduzca al restablecimiento de la salud del paciente.

Ahora bien particularmente en el ámbito de las cirugías plásticas estéticas las reglas parecen acusar una modificación bien perceptible a los principios inspiradores de la medicina. Se trata aquí de procedimientos invasivos que tienen por fin aliviar un sufrimiento (si es que cabe hablar así en estricto rigor) o padecimiento psicológico.

Por ello es que la información cobra aquí un rol fundamental, es uno de los requisitos de la esencia para que el acto médico sea éticamente válido, ya que solo cumpliendo con este requisito obtendremos que el paciente ha podido brindar un consentimiento informado de su parte.

Ahora bien, la valoración de si la información fue correcta, alejada de un aprovechamiento económico que perseguía el profesional, es una cuestión que queda entregada caso a caso develar y que no forma parte de este trabajo entrar a analizar por que la casuística es completamente variable y no reviste mayor complejidad.

CONCLUSIONES:

En general cualquier procedimiento invasivo que comprenda la labor de una operación quirúrgica y sobre todo en la cirugía plástica, comprende una serie de elementos, variantes y casuística que no puede ser controlada por los especialistas de la salud en un 100 por ciento o en un rango tal que deje aquellas que no son controlables en un nivel de eficacia irrelevante. Sin embargo si puede ser objeto de revisión los procedimientos, y cuidados que emplea el profesional tanto en la emisión de un diagnóstico como en lo referente al tratamiento posterior del paciente y del solicitante en el caso de los procedimientos cosméticos.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN CASO DE OBLITO QUIRURGICO.

1-DEFINICIÓN DE OBLITO QUIRURGICO.

La Real Academia Española, no hace muchos años, ha incorporado el vocablo oblito para referirse a este hecho. En su vigésima segunda edición del año 2001 expresa que “oblito”, proviene del latín oblitum (olvidado) y se define como: “*un cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica.*” Ahora bien, en medicina se define a los oblitos quirúrgicos como aquel cuerpo extraño dejado accidentalmente en el abdomen durante una intervención quirúrgica y sin efecto terapéutico, como: gasas, compresas de distinta variedad y tamaño, tubo de drenaje o aspiración, instrumentos, etc. quedando excluidos todos aquellos elementos que se hallan en el organismo cumpliendo un propósito terapéutico o estético tales como prótesis, suturas metálicas, parches mallas, otros.

Los elementos que llamaremos comúnmente oblitos quirúrgicos son los utilizados en la operación y que fueron olvidados durante la misma.

Según el médico uruguayo Dr. Guido Berro Rovira en su obra *Oblitos ¿Responsabilidad Colectiva o Individual? Aspectos médico-legales* aparentemente fue en Argentina donde, el Dr. Roque Masciotra utilizó el término Oblito por primera vez al presentar en la Sesión de la Asociación Argentina de Cirujanos un trabajo sobre “Cuerpo extraño en vejiga” e invitaba a proponer un nombre, una designación adecuada, precisa y sintética, para esta particular entidad nosológica.

El oblito constituye un riesgo cierto y casi nunca informado al momento de la obtención del Consentimiento. En ocasiones han quedado oblitos aun tomándose las máximas precauciones y esto, como cabe suponer, tiene una indudable apreciación médico-legal distinta a cuando las mismas precauciones no fueron tomadas o se apartaron de la *lex artis*

En general se enquistan con la participación de órganos vecinos, en especial el epiplón mayor o migran, dentro de la misma cavidad abdominal, apareciendo muchas veces distantes del sitio de la intervención.

El enquistamiento muchas veces no es definitivo ya que tras esa evolución suceden varias alternativas como por ejemplo la formación de un absceso.

La migración de los oblitos abdominales puede ocurrir hacia la luz visceral siguiendo por el intestino hasta ser eliminado; es el caso de compresas defecadas, incluso años después de la operación. También ocurre la migración de oblitos con perforación de la pared vesical desde la cavidad abdominal o el retroperitoneo.

La sintomatología de los cuerpos extraños es sumamente variada y proteiforme, lo que hace más complejo el diagnóstico, aún el presuntivo.

2- LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA/ LA DOCTRINA “RES IPSA LOQUITUR”.

Estimamos que en materia de Oblito Quirúrgico es importante analizar la obligación de garantía o seguridad que pesa sobre los centros de salud y la doctrina res ipsa loquitur.

2.1 LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA O DE SEGURIDAD.

Los centros hospitalarios, son deudores permanentes de la obligación de seguridad.

Se entiende por tal aquella que se asume implícitamente contenida en la prestación médica, consistente en el deber de proporcionar a los pacientes asistencia médica a través de su cuerpo médico, de manera de asegurarse que no sufran daños por la prestación prometida.

De lo anterior, es dable deducir que la obligación de garantía no sólo se restringe a la atención dada directamente por el cuerpo médico, sino que también debe entenderse incorporada en los actos extramédicos, toda vez que en ellos se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos que den lugar a responsabilidad y que no se relacionan con la patología de base.

Por tanto, el deber de garantía subsiste durante todo el período en que el paciente se encuentre bajo el cuidado del centro hospitalario.

2.2 LA DOCTRINA RES IPSA LOQUITUR.

Esta regla se traduce como *“dejad que las cosas hablen por sí mismas”*.

Frecuentemente utilizada en derecho extranjero, surge como una solución ante situaciones en que, dada la dificultad probatoria de ciertos hechos objeto de juicio, se dan por acreditados cuando los hechos probados permiten inferir la existencia de otro hecho que se indaga.

Así, la dificultad probatoria para el perjudicado intenta ser aligerada con esta doctrina, cuestión que resulta de toda lógica cuando se trata de procedimientos médicos.

Afirmamos esto, pues tratándose de los oblitos quirúrgicos, resulta evidente que el paciente no se encuentra en un estado de conciencia que lo posibilite percatarse de determinados hechos que finalmente resultan dañosos.

Incluso más, no sólo se puede restringir a la vigilancia o no del paciente, sino también en las circunstancias en que se encuentra y su potencial participación en el hecho. Es decir, uno puede preguntarse si tras el olvido de un apósito, por ejemplo, el enfermo podría haber tenido algún tipo de participación en el descuido, cuestión que necesariamente debe concluirse que eso es imposible dadas las condiciones en que se encuentra al ser intervenido quirúrgicamente, donde está entregado a la habilidad del cuerpo médico que lo atiende.

En consecuencia, la doctrina res ipsa loquitur, funciona como contrapeso a la “conspiración del silencio” de los médicos, en que los galenos se han negado a prestar declaración en un proceso judicial o a presentar un informe pericial que pudiera perjudicar a un compañero¹, dejando que la experiencia habitual o el sentido común sean guías para el juez a encontrar la verdad de los hechos.

¹ Mónica Navarro Michel, Boletín Oficial del Estado, “Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario”, Anuario de Derecho Civil, Núm. LVI-3, Julio 2003, páginas 1197 a 1230.
<http://vlex.com/vid/regla-res-ipsa-loquitur-ambito-sanitario-380343#ixzz15gzyWtRM>

3- SITUACIÓN DEL OBLITO QUIRURGICO EN EL DERECHO COMPARADO.

Aquí nos referiremos a la situación imperante en Argentina, donde precisamente surge el término “oblito quirúrgico”, además de pasar revista por la situación en Uruguay.

3.1 SITUACIÓN EN ARGENTINA

Del análisis de casos jurisprudenciales Argentinos surge que en la inmensa mayoría de los casos, los oblitos han sido severamente juzgados por los tribunales. La doctrina coincide unánimemente en que quien demanda el resarcimiento de un daño debe probar la existencia del mismo y la culpa de su autor. Sin embargo, en el tema de los oblitos los fallos en general se apartan de este principio general considerando que, acreditada la existencia del oblito, corresponderá al cirujano demostrar que actuó sin culpa, ya que la misma se presupone en estos casos. Se invierte así la carga de la prueba bajo el principio "res ipsa loquitur". Tampoco podrá exculparse el cirujano aduciendo que sus colaboradores le informaron de un recuento correcto. La Ley 17.132/67 (del arte de curar) en su Art. 19 inc. 9 dice que es obligación del médico "fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y, asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsables si por insuficiente o deficiente control de los actos por estos ejecutados, resultare un daño para terceras personas." Ello ha sido así interpretado en numerosos fallos de responsabilidad médica en general y de oblitos en particular.

Hay coincidencia unánime en la doctrina y en los fallos jurisprudenciales en considerar como negligente la actitud de un cirujano que deja un oblito. Estas situaciones son muy difíciles de defender. Sólo podrían ser defendibles algunos casos puntuales de emergencias quirúrgicas, con hemorragias importantes y cirujanos "apurados" por los anestesiistas para finalizar el procedimiento por peligro de descompensación del paciente. Podría entenderse en estos casos la falta de recuento y el consecuente oblito. Por ello es importante que el parte quirúrgico refleje el dramatismo de la situación. No bastará entonces para la defensa escribir "procedimiento según técnica".

3.2 SITUACIÓN EN URUGUAY.

Respecto de la responsabilidad por oblito es interesante citar algunas de los conceptos expuestos por el Prof. Dr. Jorge Gamarra, en el capítulo del “olvido quirúrgico” (oblito) diciendo que “sin discrepancias los jueces deciden que el oblito es un daño, aunque no haya tenido todavía ninguna manifestación que afecte la salud”. Muy lejos está este concepto del que tienen los cirujanos, que saben que hay materiales que es preferible dejarlos (por ejemplo agujas que se rompen o pierden dentro de un órgano macizo o los proyectiles de las armas de fuego o esquirlas de diferente origen ya que “el remedio (intentar extraerlos) puede ser peor que la enfermedad (dejarlos)”. A favor de ello aboga un dictamen del Instituto Técnico Forense de Uruguay, que expresa que “la rotura de una aguja durante una intervención quirúrgica no supone mala praxis del cirujano actuante”. Son curvas, muy pequeñas, de acero templado, pueden partirse y extraviarse el fragmento distal o toda, sin que ello sea sinónimo de daño biológico para el paciente.

En Uruguay es posible encontrar dos posiciones seguidas por los juristas. Por un lado la concepción de que “el oblito denotaría por sí solo un comportamiento negligente”, “res ipsa loquitur” “los hechos hablan por sí solos”, según la cual el oblito en si crea una inferencia de culpa.

Por el otro, los que consideran que no “toda vez que existe un oblito, hay necesariamente culpa” y se cita un “fallo del Tribunal de Catania, del 7 de abril de 1952, que enunció la máxima: “no hay culpa por el solo hecho de que un cuerpo extraño quede en el interior del organismo. Lo que de esta manera se quiere expresar es que no estamos ante un principio rígido y de aplicación mecánica, sino que la decisión debe tomarse caso por caso y según las circunstancias que rodean a cada uno.” “En todos los casos pueden intervenir circunstancias que escapan al control del cirujano y vuelven inevitable el extravío”.

4- COMENTARIOS EN MATERIA DE OBLITO QUIRURGICO.

Estimamos que en los casos de oblito quirúrgico debiese invertirse la carga probatoria, esto es, acreditada la existencia del oblito, es el cirujano quién debe demostrar que actuó sin culpa, ya que la misma se presupone en esos casos. La negligencia es una de las formas de

la culpa médica y el olvido en retirar instrumentos o gasas en las intervenciones quirúrgicas, constituye evidentemente un supuesto de negligencia, puesto que corresponde al cirujano y entra en su débito profesional verificar el retiro de todo elemento extraño del cuerpo del paciente; el "oblito" no hubiera existido, de haberse cumplido con el elemental deber de contar el instrumental antes y después de la operación. Y si la conducta negligente del cirujano se prolonga durante el período postoperatorio, en el que no se comprobó la existencia del cuerpo extraño, obviamente su responsabilidad se vería aumentada.

Además, estimamos que esta inversión de la carga probatoria se justifica si consideramos que el oblito quirúrgico, por lo común ocasiona lesiones o daños a la salud, que ordinariamente, según el curso natural de los acontecimientos no deberían haberse ocasionado al paciente dado el tipo de afección o enfermedad que lo aquejaba.

No queremos dejar de hacer una especial mención respecto de la responsabilidad del cirujano, como "jefe" del equipo de médicos y personal auxiliar del quirófano. El delegar ciertas actividades en sus ayudantes y colaboradores, no lo exculpa ante eventualidades judiciales. Puntualmente, el admitir por ejemplo un resultado sin faltantes, en el balance de conteo de gasas o instrumental realizado por la enfermero y/o instrumentador; no le permitirá derivar su responsabilidad en el caso que surja un oblito.

Cabe recordar que en el ejercicio de la medicina en equipo, el acto quirúrgico es el típico donde el director o jefe, orienta o coordina las actividades de quienes lo secundan, y lo más probable es que el paciente sólo conozca a ese facultativo con quien está jurídicamente vinculado. En tal sentido se ha dicho que el médico principal, al margen de su deber por la actividad propia, responde por el hecho u omisiones de los componentes del equipo.

Quien tiene a cargo la operación, la mesa quirúrgica, tiene un plus en lo que respecta al deber de cuidado, y es quien a través de la manipulación del campo quirúrgico tiene acceso a verificar la zona operada y quien fácticamente tiene la posibilidad de revisar que ningún elemento quede alojado en el interior del cuerpo del paciente. Este control, claro está, antes de efectuar la maniobra de sutura, que también estuvo a su cargo.

Pese a lo anterior, estimamos que debe influir en la decisión del juez la "calidad" del oblito. No es lo mismo dejar la clásica gasa, que una pinza. Y además debiese considerar el juez la

“circunstancias” en que se llevo a cabo la cirugía, pues hay casos en que este olvido pudiese resultar un error excusable, por ejemplo, si un paciente llega con hemorragias múltiples, al centro hospitalario, situación que obliga al cirujano a actuar rápidamente para evitar el desangramiento, lo que quizá pudiese hacer excusable el olvido de gasas.

CONCLUSIONES.

Todo cuanto hemos expuesto en el presente trabajo apunta a una situación que ya presenta perfiles lo suficientemente claros como para permitirnos afirmar que desde el punto de vista médico no es posible asegurar resultados que dependan del acto médico a cabalidad. Porque la multiplicidad de factores que se hayan vinculados en la cadena de procesos para la obtención del restablecimiento de la salud del paciente no pueden ser previstos por el médico en su actividad profesional. Pero esta circunstancia no puede ser un elemento que sirva para eximir al profesional de sus obligaciones que tiene como tal en el desarrollo de su profesión, sobre todo cuando en el despliegue de su actividad se genere un daño para el paciente. Este es un elemento muy decisivo en todo el problema de la responsabilidad médica. El valor de los bienes que se encuentran en juego en el marco de las prestaciones médicas, esto es, la salud y la calidad de vida del paciente e inclusive su vida misma exigen que se desarrollen herramientas jurídicas que permitan hacer exigible la responsabilidad profesional cuando ella no se ha cumplido o cuando su cumplimiento ha sido imperfecto irrogando un daño al paciente.

Es claro que a la luz de las dinámicas expuestas a lo largo de este trabajo una herramienta eficaz consiste en considerar el despliegue total del profesional, de compararlo con un estándar profesional considerado como diligente y prudente que es el que se le puede exigir a cualquiera que se dedique a la práctica profesional médica, pues a la luz de este cotejo es que podemos juzgar el elemento definitorio en el ámbito de la responsabilidad, cual es la *culpa* del profesional. Es innegable que una intención directa de producir resultados lesivos (cualquiera sea la esfera jurídica resultante) está bien alejada de la actividad profesional médica (y si esta mediare, no forma parte de los elementos que nos hemos propuesto analizar dado que sus consecuencias no se vinculan con nuestro objeto de estudio) y por lo tanto no nos es útil como instrumento graduador de la responsabilidad. Lo que es verdaderamente el estudio de la responsabilidad de un profesional es el grado de culpa que mediare en el acto médico porque es el elemento por excelencia que sirve para reprocharle su responsabilidad y ésta en definitiva si bien resulta compleja de estudiar dada la

complejidad misma de la ciencia de la medicina, constituye el más parámetro idóneo a la hora de establecer la responsabilidad médica.

La culpa no es un parámetro fijo e inamovible en el ámbito de la actividad profesional médica, es por el contrario versátil y casuística debido a la naturaleza misma de los factores que entran en juego. Pero siempre se vincula a un parámetro estándar que es la del actuar diligente y prudente. Dependerá siempre de las circunstancias del caso pero siempre habrá elementos que permitan llegar a establecerla.

La complejidad del diagnóstico médico es otro de los factores de peso y que están estrechamente vinculados a las obligaciones básicas del profesional, que como vimos por ser erróneos no trae aparejada responsabilidad para el profesional a priori, pues para mediar responsabilidad debe haber culpa, es decir ser emitido por negligencia o ignorancia crasa de los preceptos científicos que norman dicha actividad. Dicha complejidad refrendan en cierto modo 2 aspectos de este trabajo. Primero: al no tratarse de una ciencia exacta no pueden exigirse resultados exactos o determinados. Segundo: la culpa nace del hecho de comparar la actividad desplegada por el profesional en razón de su diligencia y prudencias empleadas. Dadas estas circunstancias se comprueba porque no es de primera necesidad hacer el distingo de si la obligación del profesional es contractual o extracontractual por que el deber de cuidado diligente y prudente exigidos en su actividad por el que finalmente se hará efectiva su responsabilidad no dependerán de esas circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA.

- Romo Pizarro, Osvaldo (2007a): “*Medicina legal elementos de ciencias forenses*”, Editorial Jurídica de Chile.

- Guajardo Carrasco Baltazar (2002a): “*Aspectos de la responsabilidad civil médica, doctrina y jurisprudencia*”. Editorial Librotecnia Ediciones Lom.
- Acosta Ramírez, Vicente (1990a): “*De la responsabilidad civil médica*”, Editorial Jurídica de Chile.
- López Mesa, Marcelo (director) (2007a): “*Tratado de responsabilidad médica*”, Editorial Legis.
- Paillas Peña, Enrique (1997a): “*Responsabilidad Médica*”, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago.
- Schock, Theodore : “*Manual de Cirugía*”.
- Jornadas Congreso Chileno e Internacional de Cirugía.
- Barros Bouire, Enrique (2006a): “*Tratado de Responsabilidad de Extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile.
- Aguerribabal A. Francisco, Mundt F. Ernesto, Silva R. Luis. (1999a): *Método para la valoración moral del acto médico*. Comité de ética de la Escuela de Medicina de la Universidad Valparaíso. Cuaderno N° 2.
- Fernández Castelo, Javier (1988a): *El contrato de servicios Médicos* Editorial Monografías Civitas Madrid.
- Velez Correa, Luis Alfonso (1990a): *Ética Médica: Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*. Ediciones Carvajal S.A., Corporación para investigaciones biológicas Colombia.
- Curtis P. Artz. James D. Hardy (2002a): “*Complicaciones en cirugía y su tratamiento*”, Nueva Editorial Interamericana, S.A. Méjico. Quinta edición. Traducción y adaptación de la Cuarta edición en Inglés. (Traducción al español por el Dr. Santiago Sapiña Renard y Rosa del Carmen Pons Jordá)
- Serie de informes técnicos 795. (1990): “*Elección apropiada de técnicas de diagnóstico por imagen en la práctica clínica*”, Organización Mundial de la Salud. Catalogación por la biblioteca de la Organización Mundial para la Salud. Ginebra. Traducción: Organización Panamericana de la Salud. Impresión en España.
- Berro Rovira, Guido (1995a): “*Oblitos ¿Responsabilidad Colectiva o Individual? Aspectos médico-legales*”, Editorial Montevideo.

- Navarro Michel, Mónica (2003a): Boletín Oficial del Estado, “*Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*”, Anuario de Derecho Civil, Núm. LVI-3, páginas 1197 a 1230. <http://vlex.com/vid/regla-res-ipsa-loquitur-ambito-sanitario-380343#ixzz15gzyWtRM>