

LESIONES QUIRURGICAS

*Por Héctor Guillermo Vidal Albaracín **

(Conferencia dictada en el Primer Simposio de la Provincia de Buenos Aires sobre Responsabilidad Profesional, celebrado en la Universidad de Morón los días 30 y 31 de octubre de 1981.)

De la gran variedad de situaciones en las que un médico en el ejercicio de su profesión puede convertirse en sujeto activo de delitos, he de referirme al supuesto de que el médico pueda responder penalmente en orden a un delito en particular, el de LESIONES, y más concretamente, respecto a las lesiones ocasionadas con motivo de un tratamiento quirúrgico.

El hecho de causar culpablemente un daño en el cuerpo o en la salud de una persona es reprimido en el Código Penal como delito de lesiones —art. 94 C. Penal—. Si el daño es mayor y se produce la muerte el hecho, es considerado homicidio —art. 84 C. Penal.

Pues bien, el médico, en esa relación que mantiene con el paciente puede ser el factor determinante de tales consecuencias dañosas, y así ser responsable de tratamientos inadecuados y hasta de verdaderas mutilaciones.

He elegido para su estudio el tratamiento quirúrgico, porque en él, a diferencia de otros procedimientos terapéuticos, se advierte más claramente la existencia de una alteración anatómica o funcional del paciente.

Tenemos entonces, un médico, un paciente y una intervención quirúrgica de la cual se van a derivar resultados dañosos para el cuerpo o la salud del intervenido. Veamos como regula la situación nuestra ley penal.

En primer lugar, se advierte que nuestro Código Penal no atiende la situación particular del médico, sino que brinda pautas generales para resolver la responsabilidad de cualquier persona que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo cause lesiones a otra (art. 94 del C. Penal).

Así, será culpable tanto el automovilista que por su impericia atropella a una persona, como el médico cirujano que actuando con impericia en una intervención quirúrgica le provoca lesiones al paciente, no obstante que éste último interviene con la intención de curar o mejorar la salud del damnificado.

Como vemos, el médico, a diferencia del particular que guía un automóvil, actúa con una intención altruista, no obstante que el resultado en ambos casos puede ser igualmente dañoso.

Profesor Titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Mario H. Peña

Esa diferencia ya nos alerta de que para solucionar equitativamente la responsabilidad de los médicos se va a precisar de una adaptación de las normas penales, que creadas para casos generales no están destinadas a captar las peculiaridades que presenta la actividad médica.

Es evidente, que la práctica médica y sus fines esencialmente preventivos no se corresponden con las fórmulas que brinda el Código Penal, y ello muchas veces determina la necesidad de un ajuste por parte del intérprete tendiente a evitar soluciones injustas.

Ello ha motivado que la jurisprudencia con el fin de atemperar ese rigorismo, producto de la discordancia entre la dinámica médica y la norma penal aplicable, haya constituido la teoría del "RIESGO MEDICO", que por no poseer reglas fijas ha dado lugar a muchos abusos.

De lo expuesto cabe una primera reflexión.

La situación penal del médico en las lesiones quirúrgicas no puede ser parificada, así sin más, a la responsabilidad de cualquier otra persona que culpablemente cause lesiones a otra, pero tampoco se puede llegar al otro extremo de excusar toda actuación del médico a través del "riesgo médico".

Repárese que si no fuera así, también sería válido sostener que las lesiones provocadas por quien condujera un automóvil en forma imprudente y desaprensiva serían el resultado del "riesgo de conducir o circular". Se requiere entonces un justo equilibrio entre el considerar la situación especial de los médicos y el no caer en la exigencia de que medie celo profesional en sus intervenciones.

¿Qué elementos legales se le brinda al Juez para lograr ese equilibrio?

En general, la responsabilidad penal médica en materia de lesiones quirúrgicas gira alrededor del consentimiento del paciente o familiar allegado, que a su vez requiere como complemento de una causal de justificación prevista por la ley, sea ésta un estado de necesidad, o el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho (art. 34, incs. 3° y 4° del C. Penal).

Ahora bien, existen tres momentos distintos:

Uno, PREVIO A LA INTERVENCIÓN QUIRURGICA, donde se debe verificar la conveniencia o no de que se utilice este medio como procedimiento curativo; otro, ya superado el anterior, donde hay que analizar el desempeño del profesional durante la intervención y por último, existe un tercer momento, que es el de la actuación post-operatoria del médico.

Esto quiere decir, que no basta con que el médico actúe eficazmente en una sola de esas etapas, que no es suficiente para eximirlo de responsabilidad penal que se determine que correspondía en el caso la intervención quirúrgica, si por ejemplo, durante la misma demuestra impericia, o bien, que superada la intervención, actúa negligentemente o sin prestar atención debida al paciente en el tramo post-operatorio.

El difícil y muchas veces sacrificado arte de curar exige un comportamiento eficaz tanto antes, como durante y después de la intervención quirúrgica.

La conveniencia de una intervención quirúrgica es un tema sumamente difícil de determinar y no cabe establecer reglas generales o absolutas que rijan en todos los casos, máxime cuando la ley penal no regula el consentimiento del interesado.

Así, habría que analizar la personalidad y estado del paciente o de quienes puedan prestar su consentimiento; indagar si realmente se encontraban en condiciones de comprender la situación que deben decidir, teniendo en consideración que el cuadro que se les presenta se fundamenta en elementos fallibles tales como el pronóstico sobre el grado de certeza de éxito, riesgos que se asumen, probabilidades de curación por

otros medios, etc. Por ello, he de limitarme a conocer los parámetros que rigen la actividad médica haciendo mano a la distinción entre:

- a) intervención quirúrgica urgente o necesaria e
- b) intervención quirúrgica conveniente o estética.

Así, en la ETAPA PREVIA A LA INTERVENCION, si existe un peligro inminente de muerte, la situación encontraría solución a través del estado de necesidad, eso es "el que causare un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraído", conforme lo define el art. 34, inc. 3º del Código Penal. De tal manera, ante la inminencia del mal, la elección de la vía quirúrgica no presenta tanta controversia.

En igual sentido, existen casos en que la propia naturaleza del mal es la que conduce a la intervención quirúrgica, como por ejemplo, la realización de una traqueotomía para evitar asfixia, o bien la amputación con el fin de impedir una gangrena.

Por el contrario, en otros supuestos en los que no media urgencia, la decisión sobre el procedimiento a adoptarse plantea dificultades.

Tal sería el caso de un parto, en el que supongamos que la paciente ha tenido un parto cesáreo anterior, se ha constatado dureza de útero y falta de dilatación, a la par que una estructura pélvica estrecha, todo lo cual indicaría que se darían las condiciones para que el nuevo parto se practique con cesárea.

Pues bien, el profesional interviniente, que imaginemos sigue otra postura obstétrica, decide la aplicación de "forceps" para lograr el simple desprendimiento de la criatura. Así, aplica anestesia peridural, realiza una "episiotomía" y utiliza el "forceps".

La extracción del feto de gran tamaño —por ejemplo unos 4 kgs.— produce un desgarrar a nivel de la mucosa vaginal que tiene como consecuencia la destrucción parcial del esfínter anal y una posterior incontinencia defecatoria.

Dejemos de lado la actuación del médico durante el parto y consideremos que fue normal, para analizar el momento anterior en el que desechó la cesárea.

Cabe preguntarnos si tal actuación puede ampararse en el riesgo médico ¿no no?

Si bien médicamente se acepta que la existencia de una cesárea no significa siempre la repetición del mismo procedimiento, frente a los otros antecedentes clínicos de la paciente, la circunstancia de aplicar anestesia peridural, que neutraliza el paje de la parturienta y las características de estrechez pélvica de la misma, pareciera que existió al menos una disyuntiva sobre el método a aplicar. No obstante, el médico interviniente eligió la vía más riesgosa para la salud de la paciente y esa, más que riesgo médico, es RIESGO DEL PACIENTE.

A mi entender existían posibilidades ciertas de que mediaran complicaciones, pues el tamaño de la criatura no es un imponderable, no obstante el médico resolvió afrontar con la salud de la paciente tales inconvenientes en la esperanza de que no se concretarían.

Es evidente entonces que el margen de discrecionalidad dentro del cual el médico puede desenvolver su actividad no puede ser tan amplio como para asumir riesgos innecesarios en virtud de afirmarse a una postura obstétrica.

El riesgo médico se basa en el caso fortuito, es decir que tiene su fundamento, en lo imprevisible, y así habrá culpabilidad penal al no previene lo previsible o bien al descartarse lo previsible.

Como vemos, si bien en nuestra ley penal, a diferencia de otras legislaciones como el Código Penal Mexicano, no se contempla la intervención quirúrgica arbitraria,

ello no es obediencia para considerar a través de las normas generales sobre culpabilidad, que si el médico provoca innecesariamente el riesgo, de resultar lesiones, no puede ampararse luego en la excusa del riesgo médico.

Tal conclusión es válida aunque el profesional hubiere actuado correctamente y el resultado dañoso no se debiera a una impericia durante la intervención quirúrgica, pues la responsabilidad penal surge en el momento anterior, esto es medió impericia al momento previo de decidir la adopción de esa vía y afrontar innecesariamente un riesgo para la salud del paciente.

En tal sentido, la interpretación de la ley penal tiene que ser estricta, ya que es la única forma de evitar abusos.

En cambio, en otro aspecto tiene que lograrse mayor flexibilidad, pues resulta demasiado rigorista exigir, que para poder justificar la actuación del médico tiene que existir un peligro inminente de muerte del paciente.

Por el contrario, si tenemos en cuenta que la función principal del médico y quizá la más productiva, es la PREVENTORA, esto es que se tiende a preservar la vida del paciente no sólo ante males presentes sino también ante afecciones futuras, pareciera que la dinámica científica se vería frenada por la rigidez de las normas penales.

Este enfoque trae aparejado otra cuestión, que modernamente plantea muchos problemas, tal es la aplicación de métodos novedosos que no han demostrado plenamente su eficacia o al menos no eliminan la existencia de ciertos riesgos o la posibilidad de resultados dañosos.

Así, su adopción plantea una gran controversia a nivel científico, que se traslada al ámbito penal.

Quiere decir que, por un lado, estimamos que la medicina en su función preventiva no debe limitarse al marco rígido de un peligro actual y aceptamos que se requiere crear una causal de justificación propia para los médicos, distinta al estado de necesidad actual, y que se podría denominar de "NECESIDAD MEDICA", por la cual se permita su intervención no solo frente a males inminentes, sino también con relación a peligros futuros cuando éstos sean no menos seguros, concretos y graves.

Pero, por el otro lado, también consideramos que tal necesidad preventiva, no puede llegar al extremo de experimentar con los seres humanos, y poner en práctica métodos que no cuenten con suficiente respaldo científico respecto de su conveniencia.

Por supuesto, que en este aspecto siempre existirán opiniones demasiado conservadoras o bien de gran avanzada, no obstante, aunque difícil, debe encontrarse el justo límite que no implique arriesgar con la salud del paciente.

Para orientarnos en esta cuestión, también es útil la distinción entre intervención urgente y no urgente o meramente conveniente.

Así, frente a un caso desahuciado se puede ser más flexible en aceptar nuevos métodos, que en casos en los que por ejemplo, se persigue un fin estético, donde el resultado dañoso repercute más y causa un mayor reproche. Tal es el caso de los injertos de piel y otras prácticas para evitar la caída de pelo, en los que ha habido casos en los que no solo no se obtiene el fin buscado sino que se producen lesiones en las zonas injertadas.

Resta referirse a los dos momentos que quedan pendientes, esto es la actuación del médico durante la intervención y con posterioridad a ella. Durante la intervención, como en todas las actividades habrá quién sea más perito o idóneo que otros, y, fundamentalmente la jurisprudencia nos demuestra que la culpabilidad emerge más de conductas negligentes, que de desempeños imprudentes.

Esto significa que los actos inusitados o fuera de lo común, ese hacer más de lo debido en forma peligrosa que implica la imprudencia, por lo general ocurre al momento de elegir la vía quirúrgica, mientras que durante la intervención es más usual el caso del descuido o la omisión de la diligencia debida, o sea, un actuar negligente. Así, es conocido el olvido en materia de intervenciones quirúrgicas, que significa el "olvido" de un cuerpo extraño en el organismo del intervenido.

Evidentemente es más manifiesta la culpabilidad del médico si se trata de una pinza que si consiste en una mera gata, pero la jurisprudencia ha aceptado que incluso la existencia de una gata, que lógicamente se encuentra esterilizada, provoca una reacción irritativa que puede transformarse en infecciosa y ello ya en lección, pues produce una alteración funcional. Por supuesto, que si tal gata no se elimina por vías naturales y se requiere una intervención para extraerla, no existe duda alguna de que su presencia ha sido lesiva.

Aprovecharé ese caso para referirme a la etapa post-operatoria. Si por ejemplo, se considerara que dicha gata introducida en el cuerpo del paciente es una contingencia quirúrgica y que las precauciones que se puedan adoptar suelen fracasar, resulta fundamental un actuar diligente en la etapa post-operatoria, pues ello muchas veces permitirá sanear situaciones límites anteriores (por ejemplo una radiografía post-operatoria puede detectar tal cuerpo extraño y evitar con su extracción oportuna que se produzcan efectos nocivos en el organismo).

Por ello, para finalizar, quiero resaltar la importancia de prestarle mucha atención a este tramo posterior a la intervención, pues la práctica rutinaria de una actividad, generalmente nos lleva a actuar con cierto automatismo y esta forma de proceder, que está en el límite con el negligencia, si bien incide en cualquiera de los tres momentos indicados, es más común que ocurra en la etapa post-operatoria.

En conclusión, si se tiene en cuenta que en toda intervención quirúrgica pueden ocurrir contingencias no previsibles, forzoso es concluir que la faz post-operatoria al poder subsanar dichos imponderables, debe ser interpretada no como un mero control de rutina, muchas veces delegable, sino como un acto trascendente, que no sólo permitirá subsanar al médico los imponderables que puedan haber existido antes, sino que será un elemento de juicio fundamental para medir su responsabilidad.