

Leyes médicas sobre la voluntad del paciente

Por lo que el consentimiento libre, pleno, insubordinado, franco, sin atemorizamiento reviste una importancia *per sé* de relieve en los actos médicos; pero existe otro de gran relevancia que es la información previa.

Un consentimiento que no esté dotado de estas características de nuestro Código Civil y aconsejadas por la doctrina, revierte grandes consecuencias para el medico, consecuencias convertidas en responsabilidad jurídica tanto penal como civil (*infracap. III*).

A. Normas en Panamá que establecen la obligación de obtener y respetar la voluntad del paciente.

En Panamá, no existe norma especial que regule de forma expresa el ejercicio de la medicina en cuanto a deberes y obligaciones de los galenos, ni ley de ética médica como sucede en otros países (Colombia *Ley 23 de febrero 18 de 1981 y su reglamento Decreto Número 3380 de 30 de noviembre de 1981*). Sólo las disposiciones antes mencionada sí nos *referimos al Código Sanitario, el Decreto 196 de 24 de junio de 1970 y el Decreto de Gabinete Número 16 de 22 de enero de 1969*), las cuales no se requieren en nada a este aspecto y el Código de

ética Médica de la A.M.N., que en gran medida recoge algunas consideraciones, y las disposiciones del Código Civil y Penal que por analogía son aplicables.

El artículo 14 del CE. de la A.M.N., le da facultad de escoger libremente al médico, es un derecho del paciente y el médico debe respetar la voluntad del paciente.

Resulta así, con poco fundamento que hablemos de eficacia jurídica del consentimiento, al menos según disposiciones en nuestro medio.

Colombia por su parte, en su ley de Etica Médica, cuenta con varias disposiciones que le dan realce a esa voluntad Jurídica o consentimiento, a manera de enunciar nada más algunos artículos: el artículo 4, 8, 12, 14 y el 15 de la mencionada.

1. Bn el Código Civil. La legislación civil en esa materia, no dice nada, existe un vacío legal en cuanto a una obligación de dar consentimiento por parte del paciente para un acto médico; no obstante, la referencia del ya transcrito artículo 1112 de la

excerta legal deja entender que para efectos de estos contratos se puede aplicar esta disposición, porque el contrato de asistencia médica es un contrato con las mismas características de cualquier contrato con algunas diferencias de poca relevancia a nuestro juicio. De tal manera que por analogía puede ser extendible.

2.En el Código Penal. Es otro instrumento sordo y mudo ante la realidad del paciente, que no

puede emitir consentimiento ante un tratamiento médico; a pesar de que contiene un título concerniente a la Responsabilidad Civil derivada del delito. Por ejemplo *el artículo 120 dice: en la sentencia condenatoria dictada enjuicio criminal se podrá ordenar: 1. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia o a un tercero...."*.

Pareciera que por analogía se pudiera interpretar que uno de su familia o un tercero tuviera la facultad de emitir su consentimiento.

3.En Leyes Especiales. Ya hemos señalado las leyes que tienen que ver con la regulación del ejercicio profesional de la medicina y son mudas en aspectos tan importantes de tanta relevancia en un acto médico, como lo es el consentimiento del paciente. Sin embargo la ley 52 de 12 de diciembre de 1995 de trasplante de órganos y componentes anatómicos, al ocuparse de la donación de éstos señala en su art. 10 que: *"Para los efectos de esta ley, cuando quiera que deba expresarse el consentimiento, bien sea como deudo de la persona fallecida o en otra condición, se tendrá en cuenta el siguiente orden, sin discriminación de sexo:*

1. *EX cónyuge o la cónyuge;*
2. *Los fff/os e hijas;*
3. *Eí padre y la madre;*
4. *Los hermanos y hermanas;*
5. *Los abuelos y abuelas y, en su defecto, tos nietos y nietas;*
6. *Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado y los parientes afines hasta el segundo grado.*

Cuando a personas ubicadas dentro del mismo numeral de este artículo corresponda expresar su consentimiento, en ausencia de otras con mayor derecho dentro del orden aquí señalado, y manifiesten voluntad opuesta, prevalecerá la de la mayoría. En caso de empale, se entenderá negado el consentimiento...".

Esto indica la relevancia que en materia médica tiene el consentimiento que a la par del secreto profesional tiene incidencia hasta después de la muerte. La misma ley en el artículo siguiente párrafo final indica que: *....Se prohíbe divulgar la identidad de donantes, deudos y receptores, sin su consentimiento.* Esto es lo que a materia de consentimiento se refiere, existe en nuestras leyes de salud. Y le dan el valor de importancia que tiene.

B. Casos en los que el médico puede actuar sin obtener la voluntad jurídica ni del paciente, ni de terceras personas.

97 CASTAÑO DE RESTREPO. En su estupendo trabajo sobre el tema del consentimiento es clara al comentar que cuando el paciente sea una persona capaz, se encuentre en plenitud de sus facultades, o por lo menos tenga suficiente juicio y discernimiento, cuando a juicio del

médico tenga la necesaria resistencia anímica para recibir y asimilar la información es posible obtener directamente del paciente su consentimiento.

Sigue comentando la autora en mención, que el médico debe buscar obtener el consentimiento de otras personas que exterioricen una decisión por el paciente cuando no se requiera una intervención médica inmediata y cuando el enfermo no se encuentre en condiciones que hagan posible moral, psicológica y físicamente la obtención de su voluntad en forma directa. Es decir de terceras personas.

Sin embargo, hay casos en nuestras vidas, en donde el médico por algunas razones no puede obtener el consentimiento ni del paciente, ni de terceras personas y la pregunta es; podrá el médico

actuar sin obtener el consentimiento ¿Cuándo se dan esas circunstancias?

Pues bien, esos casos son sencillamente cuando el estado de inconsciencia del paciente o su minoría de edad exija una intervención médica inmediata; o cuando la urgencia del caso de exigencia a esa intervención inmediata para salvarle la vida al paciente.

1. El Estado de inconsciencia del paciente. Un fuerte accidente automovilístico se produce en ciudad de David a la altura de la carretera panamericana que conduce a *Paso Canoas*, región fronteriza con *Costa Rica*. Son las 2:30 de la mañana y los ocupantes de cada vehículo quedan con múltiples fracturas, hemorragia cerebral, con ruptura de vaso, los familiares de uno de ellos vive en la Capital de la Ciudad de Panamá y se hace necesario hacerle una operación en el cerebro de alto riesgo para extraerle un fragmento del parabrisas del auto; los médicos estiman que si no le hacen la cirugía fallece. No hay a quién pedirle el consentimiento o mejor dicho no se puede esperar el consentimiento; realizan la operación y el paciente queda con una parte de su cuerpo dormida. Típico caso en donde el médico puede actuar sin consentimiento.

Este desde luego es un estado de emergencia donde no es posible obtener el consentimiento y el médico actúa en evidente estado de necesidad y constituye causa de justificación para los efectos de responsabilidad y, en consecuencia el hecho no es punible; y es así como dice **PUIG BRUTAU** que la asistencia médica ha de prestarse muchas veces en situaciones de necesidad.

En ese sentido desde el punto de vista penal nuestro Código Penal consagra: Art. 20 *"No delinque el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesione otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1. Que el peligro sea actual, grave o inminente..."*

La situación presentada **en** un ejemplo como el anterior está revestida de estas características.

2. La minoría de edad. Un infante, huérfano de padre al nacer, nace con el corazón fuera del cuerpo y la madre fallece en el momento del parto, urge hacer cirugía para colocar el órgano a su posición normal. La minoría de edad impide que la criatura de consentimiento lo cual faculta al médico actuar sin el mismo.

Si no se hace nada el paciente morirá, si está en manos del médico y las condiciones lo permiten realizar un procedimiento quirúrgico para salvarle la vida, es el deber ético para realizarlo.

3.Caso de urgencia. Si la urgencia del caso no permite obtener el consentimiento necesario, el médico debe prestar la asistencia

99 que corresponde, aún sin esa conformidad La cuestión se

presenta con bastante frecuencia cuando el cirujano descubre en el curso de una operación una lesión más grave de la que había diagnosticado, o distinta.

No podemos terminar este aspecto del consentimiento sin prestar atención a una situación que se presenta en la mayor parte de nuestros hospitales, nos referimos a los formularios exonerativos de responsabilidad que se le obliga a firmar a los pacientes o parientes de los mismos.

Sucede que en nuestros Hospitales, existen formularios especiales para expresar el consentimiento del paciente en casos de tratamientos médicos-quirúrgicos y pruebas diagnósticas, a las cuales se debe someter; en donde el paciente acepta que se le ha explicado la naturaleza del procedimiento y el tipo del mismo. Autoriza y a la vez que revela de toda responsabilidad al Hospital y a los facultativos encargados de llevar a cabo tales procedimientos médico-quirúrgicos y pruebas diagnósticas; por las consecuencias de que ello se pueden derivar (*ver formularios infra sección de anexos*).

Estas cláusulas lo que buscan es una exoneración de responsabilidad del facultativo y de los sanatorios. En el Derecho panameño no se prohíben estos pactos, ni son aplaudidos por disposición alguna; sí hay que tener presente que las materias sobre la cual recaen estas cláusulas están comprometiendo los valores fundamentales del ser humano, salud, vida e integridad personal.

En consecuencia, si por disposición legal en nuestro medio no se les da el beneplácito, son a todas luces a parte de indebidas, ineficaces e ilegales y como dijimos anteriormente es querer doctrinal que no sean tenidas como eximentes de responsabilidad.

LAS LEYES O NORMAS NACIONAL QUE REGULAN LAS RESPONSABILIDADES LEGAL O MÉDICO LEGAL PREHOSPITALARIA.

Responsabilidad Civil del Médico

La responsabilidad civil del médico inicia con una explicación del concepto de responsabilidad civil. Destacando la diferencia entre la responsabilidad civil extra-contractual y la responsabilidad civil contractual, así como de la responsabilidad penal. La orientación de la responsabilidad civil, en cuanto esta puede ser subjetiva u objetiva, pasamos a examinar los elementos de la responsabilidad civil que son: la conducta, la culpa, el daño o perjuicio

causado y el nexo de causalidad. El concepto de responsabilidad civil genéricamente, pasamos a revisar en que consiste la responsabilidad médica, la responsabilidad jurídica del médico, y seguimos con un análisis del daño, la culpa y el nexo de causalidad en la responsabilidad civil del médico.

Laprueda delaresponsabilidad civil médico-sanitaria

Culpa y causalidad

La responsabilidad civil médico-sanitaria es uno de los temas que ha experimentado los mayores desarrollos en los últimos años. La desigual situación procesal en que se encuentran médico y paciente en un proceso de responsabilidad civil en lo referente a la prueba de los principales hechos que fundamentan la demanda requiere una distribución de la carga probatoria que disminuya esta asimetría y garantice la igualdad procesal de las partes. Ahora bien, si con frecuencia el paciente no dispone de los medios de prueba necesarios para acreditar la negligencia médica y su relación causal con el daño sufrido, se sostiene que ello no es motivo suficiente para cargar con su prueba al médico demandado.

En particular, se estudia la reciente corriente jurisprudencial objetivadora de la responsabilidad civil médico-sanitaria y se ofrecen criterios jurídicos para un correcto entendimiento de la cuestión.

Las pautas legales para determinar qué jurisdicción es la competente para conocer de un litigio por responsabilidad civil médico-sanitaria, cuál el derecho procesal por el que haya de regirse el proceso y cuál el derecho material aplicable en su resolución.

Responsabilidad civil por medicamento

La regulación del sector farmacéutico y, del régimen de responsabilidad civil del fabricante y de la Administración sanitaria por los daños que causan los medicamentos.

Los criterios para valorar los defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones cuando de un medicamento se trata; cómo responden fabricante y Administración sanitaria por los riesgos imprevisibles o inevitables derivados del uso de

Medicamentos; y cuáles son los instrumentos procesales idóneos para flexibilizar la carga de la prueba de la víctima en los litigios sobre causados por medicamentos.

Código Penal 119

De todo delito emana responsabilidad civil para las personas que resulten culpables del mismo.

Jurisprudencia

99. En fallo de 19 de nov. de 19971a Sala II de la Corte expreso: "Si bien no resulta común en nuestro medio que los jueces penales condenen a los culpables, también por las

consecuencias civiles derivadas de sus delitos es evidente que en los supuestos en que, como en el presente caso, pueda perfectamente decretarse una indemnización por el daño material, deben incluir en éste el lucro cesante cuando esto resulte objetivamente posible.

La responsabilidad civil ex delicto está prevista en el artículo 977 del Código Civil y esta norma remite expresamente su regulación al Código Penal que le dedica todo el Capítulo VI del Libro Primero, reiterando el artículo 119 de esta excerta que de todo delito emana responsabilidad civil para las personas que resulten culpables del mismo.

Y al considerar este tipo de responsabilidad interpreta la Corte, el Código Penal, se remite íntegramente a las reglas y a los principios del Derecho Civil que la han regulado siempre desde sus orígenes en el Derecho Romano hasta nuestros días por su naturaleza intrínsecamente jusprivatística, por lo que en este campo el juez para los limitados efectos de la fijación de la indemnización del daño material producido por el delito deben seguir los mismos criterios que sigue el juez civil en análoga situación en el ejercicio de su jurisdicción. Al tratar el tema de la responsabilidad civil derivada del delito, también los penalistas concuerdan, en que la indemnización del daño material debe incluir los dos aspectos del daño emergente y del lucro cesante.

El Magistrado de la Corte de Casación italiana, Luigi Delpino, al comentar el artículo 185 del Código Penal, de ese país, equivalente a nuestro artículo 119, escribe al respecto:

"Antes de examinar el concepto y los tipos de "daño" al tenor el artículo 185 del Código Penal hay que aclarar de inmediato que este daño es diferente al llamado "daño del delito" que es la lesión o la puesta en peligro del bien tutelado por la norma y que constituye la ofensa requerida para que exista el delito. En cambio el daño ex artículo 185 constituye la lesión a aquellos intereses patrimoniales que en todo caso darían derecho a la indemnización en la esfera civil, además del daño no patrimonial o moral.

Daño patrimonial es la lesión de un interés patrimonial, en sus dos aspectos de daño emergente y lucro cesante.

Daño no patrimonial es la afección moral producida por la comisión del delito, afección moral no consistente en un evaluable deterioro físico o patrimonial, sino en la ofensa, en la angustia, en el resentimiento, etc. ("Derecho Penal, parte General, XI.

Artículo 120. En la sentencia condenatoria dictada en juicio criminal se podrá ordenar:

1. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia o a tercero.
2. La restitución de la cosa obtenida por razón del delito o en su defecto el respectivo valor.

Artículo 122. En todos los hechos amparados por una causa de justificación, sus autores están exentos de responsabilidad civil, excepto en el caso de estado de necesidad previsto en el artículo 20 cuando se afectan bienes patrimoniales.

Los tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, las cuotas proporcionales de que cada beneficio deba responder.

Artículo 124. Cuando la víctima haya contribuido con su conducta a la producción del daño, el Tribunal podrá reducir equitativamente el monto de la reparación civil.

Artículo 139. El que por culpa cause a otro una lesión personal que produzca incapacidad superior a 30 días, será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años o de 25 a 100 días-multa.

En toda condena por lesiones culposas se impondrá la sanción de inhabilitación para el ejercicio de las profesiones o actividades que han dado lugar el resultado, en la medida en que el tribunal lo estime pertinente, atendida la importancia del daño producido.