

# ARTÍCULOS PRINCIPALES

## RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DERECHO FRANCÉS\*

PROF. ROBERT BARROT\*\*

**REFERENCE:** BARROT, R.: *Medical Liability within French Justice, Medicina Legal de Costa Rica*, 6 (3-4), pp. 2-5, 1989.

**ABSTRACT:** In France, there exists one legal claim per every one hundred and sixty thousand medical acts. The professional liability rests on three factors: the fault, the damage, and the relationship between the two.

The fault is a violation of a duty and could be considered either technical or moral. Misdiagnosis and therapeutical misadventures are included into technical faults. Denial of the true to the patient and infringement of the professional secrecy are among moral ones.

In the United States of America, physicians are protected against malpractice by insurance policies that could cost around fifty thousand dollars yearly; figure high above the average annual income of a normal french medical doctor. It is convenient then, to dissociate criminal prosecution from compensation. While disciplinary measures should be considered for minor errors, criminal prosecution should be restricted to major faults.

Major medical mistakes should be filed in order to make them known to physicians and students of medicine as a mean to prevent malpractice.

**KEY WORDS:** Medical liability, French Justice, malpractice in France.

**REFERENCIA:** BARROT, R.: *Responsabilidad médica en el Derecho francés, Medicina Legal de Costa Rica*, 6 (3-4), pp. 2-5, 1989.

**RESUMEN:** En Francia, se denuncia un error médico por cada 160 mil actos médicos. En los Estados Unidos hay pólizas de mala práctica médica que cuestan hasta 50 mil dólares al año, cifra superior al promedio de honorarios anuales del médico francés medio.

La responsabilidad profesional descansa sobre tres elementos: la falta, el perjuicio y el nexo de causalidad entre ambos.

La falta es la violación de una obligación preexistente. La falta puede ser técnica o puede ser moral. Dentro de la falta técnica está la *falta en el diagnóstico* y la *falta en la terapéutica*. Dentro de la falta moral está *negar la verdad al paciente*, así como infringir el secreto profesional.

Dentro de las soluciones posibles a la mala práctica médica está *disociar la acción penal de la indemnización*. La vía penal se reservaría para las faltas graves, mientras que para las faltas no graves se aplicarían medidas disciplinarias solamente. Otra solución sería registrar una lista de los errores médicos más frecuentes para que los conocieran estudiantes de Medicina y médicos con el propósito de tomar las medidas para evitarlos.

**PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad médica, Derecho francés, mala práctica médica.

### INTRODUCCIÓN.

El problema de la responsabilidad médica es importante porque los médicos han sido cuestionados por problemas que les son tan difíciles de resolver. Es una paradoja que el médico cuyo papel es ayudar a los otros, sea con frecuencia demandado ante una jurisdicción penal o ante una jurisdicción civil. La otra gran paradoja es el enorme esfuerzo colectivo hecho por la salud pública.

Por ejemplo, en Francia la suma invertida por persona anualmente equivale a 1.300 dólares. Un ejemplo es la adquisición de varios aparatos de resonancia magnética nuclear que valen millones de dólares. Desafortunadamente, por los informes que tenemos, sabemos que el

esfuerzo colectivo que otros países hacen en salud es muy débil porque los medios económicos de que disponen no les permiten un mejor esfuerzo. No sólo el esfuerzo financiero ha sido considerable sino que los resultados también han sido considerables. La longevidad se ha incrementado. La mortalidad materna e infantil ha bajado en un veinte por ciento en los últimos sesenta años.

Frente a ese cuadro objetivo es, repito, que resulta paradójico que el médico sea puesto en entredicho. Conviene explicar esa doble paradoja.

En primer lugar, buscando las causas del número de demandas podemos conocer mejor el problema. Es cierto que hay accidentes terapéuticos y que a veces esos accidentes son debidos a falta

médica; pero es necesario corregir ese hecho mediante el conocimiento de las estadísticas.

Por ejemplo, en Francia el número de actos médicos es de cuatrocientos millones por año, mientras que el número de accidentes o incidentes que son señalados a los aseguradores es de mil quinientos en el mismo período. O sea que existe un accidente por cada 160.000 actos médicos. Desde otra perspectiva, eso significa que hay una demanda por médico cada sesenta años. Yo no estoy tan seguro de que muchos médicos puedan ejercer su oficio durante 60 años. Podemos, entonces, concluir que el número de demandas es mínimo.

Pero aquí se produce un segundo aspecto que voy a señalar, y que es la

\* Extracto de conferencia en las Cuartas Jornadas Costarricenses de Medicina Legal y Toxicología.

\*\* Magistrado Honorario del Tribunal Superior de París, Francia.

influencia de los medios de comunicación. Desde luego no cuestiono la libertad de prensa que existe en los países democráticos. Pero, cuando la prensa señala o destaca un accidente con un gran título, la opinión pública es impresionada. Hay que decir con justicia que la prensa también presenta los grandes éxitos médicos. En todo caso la opinión pública y el cuerpo médico se encuentran en una situación de presión ante estas publicaciones.

Hace pocos días, un niño de 10 años fue operado por apendicitis y falleció. Ese mismo día, el médico anestesiólogo se suicidó.

Pienso que este hecho no merece mayores comentarios.

Otro aspecto de los fenómenos de nuestra civilización puede permitir comprender el fenómeno de las demandas contra los médicos. Especialmente en la Europa occidental, somos la civilización de la reparación sistemática de todos los daños, con preferencia hacia la indemnización financiera.

En los Estados Unidos los daños y perjuicios acordados por los tribunales son de tal cuantía que han creado un gran problema. Esto es sobre todo cierto para los obstetras y ginecólogos quienes en esa nación se han visto obligados a pagar pólizas de seguro que alcanzan los 50.000 dólares por año.

Esta suma representa generalmente más del promedio de los honorarios del médico común francés.

Me permito sobre todo dirigirme a mis colegas jueces para que analicen las repercusiones que tiene este tipo de fallos.

Otra causa que pueda explicar el número de demandas es la ideología del derecho a la salud. En un documento público la Organización Mundial de la Salud ha afirmado textualmente lo siguiente: "la posesión del mejor estado de salud que es posible alcanzar constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano". Desde luego yo no crítico de ninguna manera esta afirmación. Solamente señalo que significa que el médico está encargado de asegurar ese derecho a la salud. Y por consecuencia cuando él no lo logra, cuando no puede asegurar ese derecho entonces se considera que él ha burlado un derecho de toda persona humana.

En un excelente artículo publicado en esta revista de Medicina Legal, aparecido en diciembre de 1988, la licenciada Pereira Villalobos, ha escrito con mucha

razón lo siguiente: "la salud es un bien jurídicamente protegido". Esto le da a la función médica un alto valor moral. Pero al mismo tiempo, constituye para el médico una carga inmensamente pesada.

En fin, creo que, dentro de las causas de la actitud de los pacientes frente a su médico, existe una causa más. Esa causa es la necesidad de saber por qué se ha sufrido tal perjuicio, por qué un pariente ha fallecido o sufrió tal secuela. Y esto tiene un aspecto positivo, y es que las demandas generan una necesidad de peritaciones muy interesantes y muy difíciles. Y gracias a esos dictámenes se progresa en la búsqueda de las causas de esos accidentes.

Es de esta manera como pienso que se puede levantar la actitud de los pacientes y de sus familias hacia el médico.

Esta situación debe ser presentada ahora desde el punto de vista jurídico.

En primer lugar, es necesario constatar y decir que los médicos no deben pretender el beneficio de una inmunidad. "Todos somos iguales ante la Ley".

Es necesario entonces deducir cuáles son los criterios de responsabilidad. Es admitido en Costa Rica y en Francia que la base de la responsabilidad descansa sobre tres elementos: sobre la falta, sobre el perjuicio y sobre el nexo de causalidad entre los dos.

La falta debe ser concebida como la violación de una obligación preexistente. Esta obligación puede ser de carácter legal y en consecuencia su infracción puede generar responsabilidad penal.

En cuanto al contrato entre las partes, la particularidad de la responsabilidad médica es que esta obligación contractual no descansa generalmente en un documento escrito. Esta es la razón por la cual la responsabilidad médica ha sido definida progresivamente por la jurisprudencia.

Ustedes conocen muy bien la distinción entre obligación de medio y obligación de resultado. En términos más generales, quiere decir que el médico tiene que hacer todo lo posible para ayudar a la curación, pero no está obligado a curar. Más precisamente, la jurisprudencia francesa ha establecido que el médico tiene la obligación de dar asistencia cuidadosa y conforme a los avances de la ciencia. Esta definición dada por los juristas pone de relieve la incompreensión que existe entre el cuerpo médico y los juristas.

El primer error de los juristas es el de afirmar que la Medicina es una ciencia. La Medicina descansa sobre conocimientos

científicos y el conocimiento de aparatos también que son de carácter científico. Pero, cuando se trata de utilizar esos conocimientos científicos y esos aparatos científicos de alta tecnología a casos particulares entonces ya no estamos en el campo de una ciencia. Esta es la razón por la cual un error no es necesariamente una falta médica.

Otro error que cometen ciertos juristas es el de creer de manera implícita que el organismo humano corresponde a un modelo único.

Efectivamente, los cuerpos se parecen mucho unos a otros como para que el médico puede intervenir con muchas posibilidades de éxito; pero más allá de las apariencias hay una multitud de parámetros que son estrictamente individuales.

La identificación a través del ADN, que es un elemento biológico a escala molecular, hoy está demostrando que no existen dos individuos que tengan la misma definición de ADN, inclusive entre el padre y el hijo. De ello resulta y llamo la atención de mis colegas juristas sobre este punto, que contrariamente a la opinión que se puede tener cuando uno no es médico, dar una terapéutica a un paciente comporta siempre un margen de falla imprevisible. Hay estadísticas que permiten demostrar que tal terapéutica es capaz de curar al 99,909% de los casos pero con frecuencia a la hora de curar a alguien se cae sobre el milésimo caso. Concluiré este largo preámbulo que me ha parecido necesario, diciendo que los juristas deben guardar la balanza equilibrada entre dos extremos. De un lado, los médicos no se benefician ni deben beneficiarse de inmunidad y, por otro lado, ya es hora de que el jurista se decida a tomar conciencia de lo que significa el papel del médico en la sociedad.

## LA FALTA MÉDICA.

En esta vía y con el fin de precisar los criterios, yo voy a examinar las características de la falta médica siguiendo los principios de una clasificación tradicional, la *falta técnica* y la *falta deontológica o moral*. En la *falta técnica* hay que distinguir entre la *falta en el diagnóstico* y la *falta en la terapéutica*.

En cuanto a la *falta en el diagnóstico*, quisiera señalar, sobre todo a los juristas, que la dificultad del diagnóstico se debe a la complejidad de la semiología (semiología quiere decir el estudio de los síntomas y de los signos). Para hacerlos compren-

der, pongo un ejemplo bien simple: con mucha frecuencia el médico llega donde un enfermo que le dice "me duele la cabeza, tengo fiebre y estoy muy cansado". Los médicos saben que esta semiología corresponde a un espectro muy amplio de enfermedades que puedan tener esos síntomas.

Hemos constatado en el mismo sentido en Francia, a través de los decesos ocurridos en los hospitales, que significan las dos terceras partes, que en el 10% de las personas que mueren en los hospitales las afecciones que causaron la muerte no fueron diagnosticadas en vida.

La reacción normal del médico cuando está ante un caso de semiología no típica es remitirlo a un especialista o decir "yo volveré de nuevo sobre esto". Sin embargo, debe admitirse que hay errores en los diagnósticos que deben ser calificados como verdaderas faltas, porque ellos revelan negligencia o imprudencia inadmisibles. Como ejemplos puede citarse la confusión de una úlcera del duodeno con una hernia hiatal, de hemorroides con cáncer del recto y de un mioma con un estado de embarazo.

En otro caso, una persona que había sido conducida al servicio de emergencia de un hospital, titubeaba y profería palabras incoherentes. El médico interno le dijo a las enfermeras "envíenlo a que le pase la borrachera". El hombre murió horas después a causa de una fractura del cráneo.

Este ejemplo que tiene un lado humorístico, pero también un lado dramático, pone de manifiesto la prudencia con que tiene que conducirse el médico del servicio de emergencia de un hospital. Este caso también debe llevar a preguntarnos si no nos encontramos más bien dentro del caso de la zona de responsabilidad penal; es decir que el médico no tiene que confiarse en su primera impresión sino que tiene que cuidarse si esos elementos no responden a otra posibilidad de diagnóstico.

Aquí nos encontramos en el límite que divide el diagnóstico de la terapéutica. Y debo citar aquí que antes de venir a Costa Rica fui recibido por el profesor René, presidente de la Orden Médica de Francia, y quien ha llamado mi atención sobre dos grupos de casos, que se refieren al diagnóstico y a la terapéutica.

Una de las primeras preocupaciones del cuerpo médico de Francia se refiere al diagnóstico prenatal. Cuál puede ser o cuál debe ser la actitud del médico cuando

determina la existencia de una malformación del feto y cuáles han de ser las consecuencias posteriores al diagnóstico. En Estados Unidos existe el problema de cuantiosas indemnizaciones contra el médico cuando nace un niño con malformación que pudo haberse conocido a través del diagnóstico prenatal. Con base en este diagnóstico se van a buscar las causas en la herencia y a prevenir consecuencias ulteriores.

Lo que acabamos de ver se refiere a la terapéutica del origen de la vida. El otro aspecto se refiere a la terapéutica de la agonía que es también un enorme problema ético.

Se admite generalmente, y el Papa Pío XII declaró que era lícito y admisible luchar por la vida, a pesar de que la terapéutica tuviera como consecuencia aliviar la agonía. Esto presenta el problema de la eutanasia, al cual desde luego yo no voy a dar ninguna respuesta como tampoco la voy a dar frente al enfermo que se encuentra en estado de coma muy avanzado con electroencefalograma plano.

La segunda categoría son las *faltas de la terapéutica*. Voy a resumir esta cuestión diciendo, en primer lugar, que la terapéutica debe ser apropiada a cada caso y que el médico tiene que utilizar una terapéutica moderna y no una terapéutica obsoleta. Debe buscar dentro de la medida de sus posibilidades todas las contraindicaciones. Por ejemplo, se ha visto a un médico colocar un suero glucosado a un diabético. Aquí me dirijo sobre todo a los médicos. Igualmente es necesario adaptarse a la categoría de individuo que se va a tratar. Es lo que se llama el problema de las idiosincrasias. Por ejemplo en Estados Unidos los negros tienen reacciones completamente anormales a la terapéutica antipalúdica (Primaquina). Igualmente el tratamiento debe ser proporcional a la enfermedad y continuado. En Francia, un cirujano dentista interrumpió el tratamiento por una disputa en materia de honorarios con el cliente.

El médico debe, desde luego, ser cuidadoso tanto para la terapéutica como para el diagnóstico. Y, por ejemplo, ha sucedido que alguien tiene que ser operado de la rodilla izquierda y es intervenido en la rodilla derecha. Este es un caso que inclusive ha ocurrido en Costa Rica.

También debe citarse la responsabilidad de los cirujanos por las enfermeras que trabajan con ellos. Tal es el caso de gasas o compresas olvidadas en el cuer-

po del paciente por un recuento deficiente de la enfermera.

Por otra parte, es absolutamente necesario que el médico conozca los efectos del medicamento. Se sabe desde hace algún tiempo que los medicamentos producen un efecto principal, y efectos paralelos y secundarios. Es el caso de los corticoesteroides, productos hechos con base en la cortisona. Y me dirijo sobre todo a los juristas, para hablar del caso de las biotransformaciones derivadas de los medicamentos que actúan sobre las enzimas, donde es imposible determinar cuáles son los efectos que producirán esos medicamentos en ciertos individuos.

Pasamos ahora a la otra categoría de faltas, es decir, las *faltas deontológicas o morales*.

El primer problema que se puede presentar es el deber del médico de decir la verdad y el derecho del paciente a saberla.

La cuestión es qué puede y debe decir el médico al paciente. Se trata de determinar si el enfermo puede soportar cuando se trata de una enfermedad como el cáncer.

Una fórmula que me parece interesante, preconiza que el médico utilice mentiras de caridad o misericordiosas. La otra cosa es determinar si el médico puede y debe informar al paciente de la terapéutica.

El principio en el Derecho francés es que el paciente tiene que dar el consentimiento sobre la terapéutica y en consecuencia el médico está obligado a informarle cuál va a ser esa terapéutica. El problema es, desde luego, la prueba. Un principio al respecto es de que la prueba está a cargo del enfermo.

En ciertos países el médico utiliza un documento, y en el caso de Estados Unidos el escrúpulo llega hasta establecer en el documento cuáles son las estadísticas de éxito y de fracaso en ese tratamiento para que el paciente esté bien informado de los riesgos que puede correr, pero no de los riesgos excepcionales.

Nosotros tuvimos en Francia un caso particular, en el que el cirujano olvidó decirle a la paciente, que era una mujer que no quería tener más niños, que a pesar de la ligadura *de las trompas siempre existe la posibilidad de un embarazo*. Y con el humor que les falta con frecuencia, los jueces franceses declararon: "el médico ha participado en la llegada de un nuevo embarazo".

El problema de la verdad se presenta también frente a terceros. Es la cuestión del secreto profesional, que ustedes conocen suficientemente como para insistir sobre ello. Sin embargo, recordaré que hay dos escuelas: una cree en el secreto absoluto y otra habla del secreto relativo. Para unos la noción de secreto profesional está fundamentado en el orden público y para otros tiene como fundamento la protección de los derechos individuales. La Orden Médica de Francia da una gran importancia al secreto profesional. La cuestión es de saber, a fin de cuentas, cuál ha de ser el comportamiento de un jefe de servicio de hospital, a quien se le solicita que facilite un expediente clínico a un perito médico.

La situación es diferente entre un médico experto designado por un tribunal, respecto de un médico experto también pero que actúa por iniciativa de parte o de un asegurador.

En el mismo campo de la cuestión deontológica está lo que se llaman certificados de complacencia, sobre todo para justificar las ausencias del trabajo.

Igualmente es problema la objetividad del perito.

Otro aspecto de la deontología es el de limitar la terapéutica a los aspectos únicamente necesarios. Por ejemplo, en Francia, un profesor de Medicina quiso, a título experimental, modificar la asistencia respiratoria de una persona que estaba en estado de coma sobrepasado. Cerró una sonda e introdujo peróxido de nitrógeno por otra. Ustedes se imaginarán cuál sería la consecuencia. El profesor de Medicina fue muy criticado por la prensa, incluso detenido y luego suspendido del ejercicio de la Medicina.

Otro problema son los ensayos terapéuticos voluntarios. Aquí hay que tener el valor de decir algunas verdades. La primera es que es inevitable la experimentación en los hospitales de medicamentos nuevos.

Otro aspecto es el uso de órganos de cadáver, como el corazón, el hígado y los ojos. El asunto está en saber si la sustracción o la toma de órganos es libre o si debe buscarse de previo autorización de la familia.

Hubiera deseado hablar de la cirugía estética y de las técnicas de adelgazamiento, pero no tenemos tiempo para ello.

Otra cuestión es la participación del médico en las interrupciones de embarazo o aborto. En Francia, el aborto se encuentra autorizado y un médico no

puede, negarse a practicarlo, mientras el feto no haya cumplido los tres meses. En la realidad, el médico tiene el derecho de esgrimir que sus convicciones no le permiten practicar el aborto.

#### EL FRAUDE MÉDICO.

Otro aspecto es la prohibición de los actos fraudulentos. Por ejemplo la inyección de productos anabolizantes tendientes a desarrollar ciertos músculos, como se ha visto en deportistas.

En otro caso, un médico cometió un acto fraudulento de la siguiente manera: una mujer después de un accidente alegaba no poder tener más hijos. Solicitaba una indemnización a la compañía aseguradora responsable del accidente. El ginecólogo, instruido por el asegurador, convocó a esta señora y le solicitó que tuviera relaciones sexuales con su marido, justamente antes de volver a una segunda cita. En esa ocasión el médico modificó la posición del útero para proceder a una verdadera inseminación artificial con la mano con lo cual resultó la mujer embarazada y no recibió la indemnización. Fue un acto fraudulento del médico.

En el Derecho francés existe la obligación del médico de prestar primeros auxilios. Es una obligación que es sancionada penalmente. Igualmente otros hechos también son previstos y sancionados por la ley penal. El problema se plantea entonces si ante una falta, el médico debe o puede ser perseguido ante la jurisdicción penal. En mi opinión, la vía penal debe ser reservada a los casos de faltas muy graves. Por ejemplo, el anestesiólogo que había cerrado el conducto respiratorio correcto, incurrió en una falta grave y fue, desde luego, inculgado y encarcelado.

El otro caso que quiero comentar fue el de una mujer de alrededor de treinta años que tenía celulitis. Ella fue sometida a liposucción por un especialista, quien realizó la operación en su propio consultorio, sin ninguna investigación previa, y careciendo de un aparato de asistencia respiratoria. El resultado fue que la anestesia provocó un estado de coma que lleva ya tres meses. Se trata aquí de una falta que amerita la persecución penal.

#### SOLUCIONES POSIBLES.

Yo creo que sin dejar de proteger los intereses del paciente, pero con el fin de proteger el honor del cuerpo médico, debe establecerse una reforma legal.

Esa ley estaría fundada sobre un principio que disociaría la vía penal y la indemnización de manera tal que en el ejercicio de la acción penal paciente y médico no se encuentren frente a frente. El enjuiciamiento penal debería darse después de que exista un dictamen del Consejo de la Orden Médica. Este procedimiento penal estaría reservado para las faltas extremadamente graves, mientras que las otras faltas, las no graves, estarían reservadas a las medidas disciplinarias. El interés de los pacientes sería salvaguardado y el médico sería juzgado únicamente sobre el plano civil y se extendería la posibilidad de una indemnización sin necesidad de lograr comprobar la falta médica.

Sería, de manera general, una aplicación de la teoría del riesgo. Creo que un acuerdo de esta naturaleza es posible; aunque la mejor manera de luchar contra las demandas y sobre todo contra su aumento, es evitar las faltas médicas que las originan.

Una solución podría ser levantar una lista de los errores más frecuentes que puede cometer el médico y que esa lista se haga del conocimiento de los estudiantes de Medicina y de los médicos que están en el ejercicio de la profesión, pero con la condición de que no sea conocida por el gran público, por los pacientes.

Dentro de la educación continua, la actualización de los médicos debería incluir el conocimiento de esta lista de errores frecuentes.

Finalmente quisiera decir que es necesario continuar la cooperación internacional para tratar de resolver juntos este problema.