Prescripción de Implantes Médicos

REGIMEN NORMATIVO DE LA PRESCRIPCION DE IMPLANTES MEDICOS

Por Dr. Walter F. Martínez

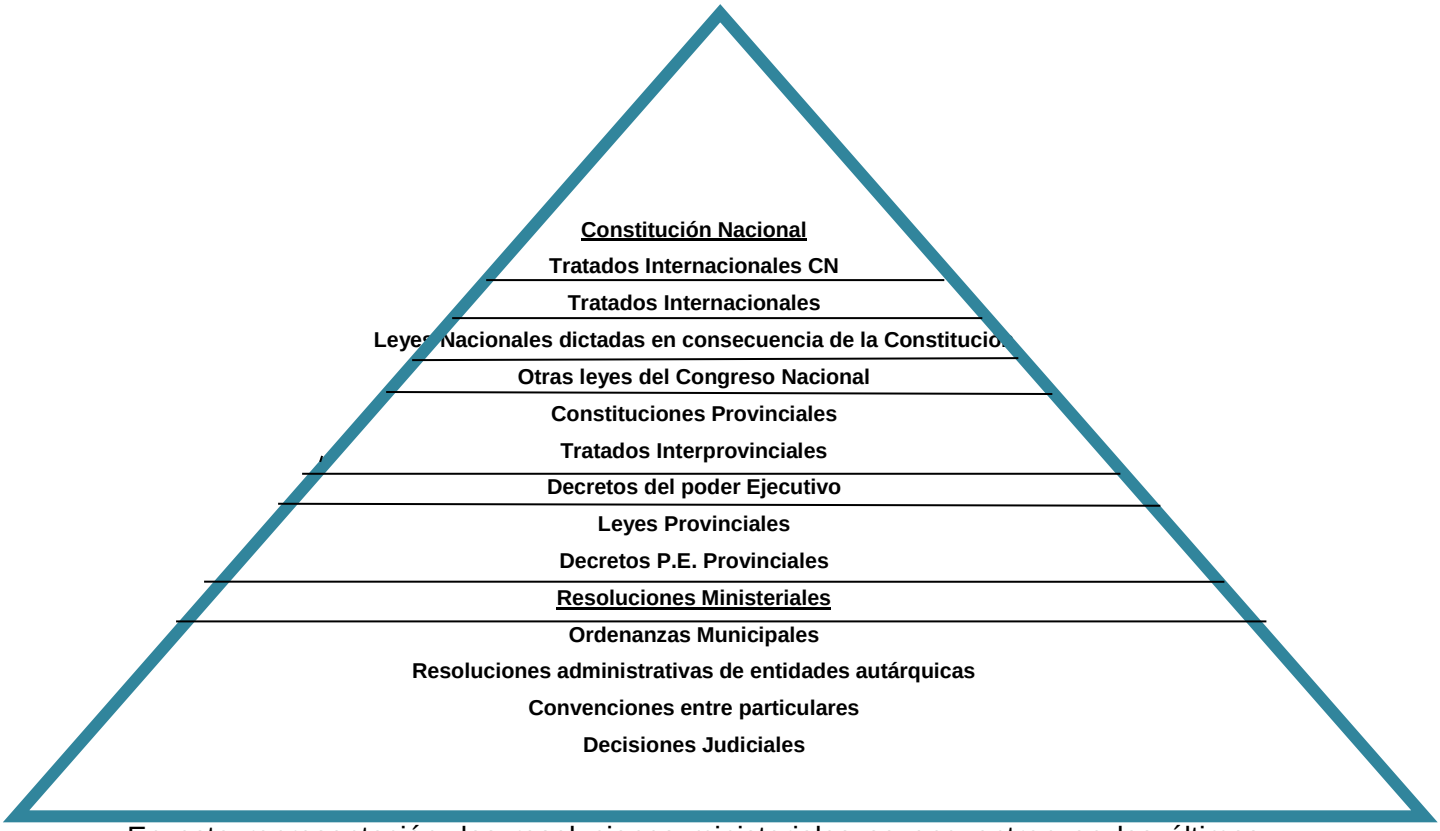
La prescripción de prótesis e implantes en nuestro país se encuentra regulada por una multiplicidad de normas con diferente nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico positivo nacional.
La resolución del ministerio de Salud de la Nación n° 201/2002 MS, modificado por las Resoluciones 310/2004MS y 758/2004 MS que establecen las prestaciones básicas esenciales que deben garantizar las Obras Sociales y Agentes del Seguro Nacional de Salud a toda la población. En su artículo 8.3.3. determina con claridad el tipo de implante que deben ser entregados por las obras sociales y la responsabilidad de las mismas una vez que el material protésico fue aceptado por el médico:

- *Prótesis y órtesis: La cobertura será del 100% en prótesis e implantes de colocación interna permanente y del 50% en órtesis y prótesis externas, no reconociéndose las prótesis denominadas miogénicas o bioeléctricas. El monto máximo a erogar por el Agente del Seguro será* ***el de la menor cotización en plaza****. Las indicaciones médicas se efectuarán por nombre genérico, sin aceptar sugerencias de marcas, proveedor u especificaciones técnicas que orienten la prescripción encubierta de determinado producto. El Agente del Seguro deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional. La responsabilidad del Agente del Seguro se extingue al momento de la provisión de la prótesis nacional.*

La norma claramente pone en cabeza del profesional la responsabilidad por los daños relacionados con el implante una vez aceptado el mismo. También determina que el material entregado tiene solo dos características fundamentales:

- Será el de menor cotización del mercado
- Deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional.

En ningún momento la resolución hace referencia a la calidad del material a proveer
Sin embargo esta norma (una resolución ministerial) se contrapone con otras disposiciones legales de mayor jerarquía normativa que contemplan la obligación del médico de adoptar todas las conductas necesarias para preservar la salud de sus pacientes.
Para continuar quisiéramos exponer brevemente que es el orden de prelación normativa en nuestro país y de esta manera determinar que grado de validez tiene una resolución de un ministerio en relaciona otras normas.
El ordenamiento jurídico determina el principio de supremacía constitucional estableciendo que la Constitución es la norma jurídica fundamental, primaria y fundante del orden jurídico y, como tal, quien determina la ubicación del resto de las normas que lo conforman. Este principio establece un orden jerárquico de normas jurídicas, en donde las normas inferiores se deben subordinar a las superiores y todo el conjunto a la Constitución
Este ordenamiento normativo se encuentra representado en la pirámide jurídica de Kelsen:
.



En esta representación, las resoluciones ministeriales se encuentran en los últimos lugares de la pirámide, cercana a la base de la misma, debiendo adecuarse a todas las normas que ocupan los sitios más altos de la pirámide de Kelsen. Las resoluciones ministeriales, por lo tanto representan normas de categoría inferior en el ordenamiento jerárquico argentino.

La disposición emanada del Ministerio de Salud privilegia “la situación económica de los agentes de salud” y entra en franca contradicción con normas de jerarquía superior que proclaman*:*

- *“**Derecho a la Salud de los pacientes”** inalienable y personalísimo para todos los habitantes de nuestro país y por la que nosotros debemos velar en cumplimento de nuestras obligaciones éticas y legales.*
- *“**Derecho a la libertad de prescripción médica**” como uno de los pocos derechos médicos reconocidos en el ordenamiento jurídico positivo, Derecho que consideramos irrenunciable.*
- *“**Obligaciones del médico**” en la relación contractual que entabla con el paciente; normas emanadas fundamentalmente de los códigos de fondo (Código Civil) y que lo obliga a poner su máxima diligencia en el contrato de atención médica.*

DERECHO A LA SALUD EN EL ORDEN JURIDICO ARGENTINO

*El **derecho a la salud** está comprendido dentro del derecho natural de la persona humana, preexistiendo a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional*. Como manifestara ut supra, la Constitución es la norma jurídica fundamental, primaria y fundante del orden jurídico y, como tal, quien determina la ubicación del resto de las normas que lo conforman y a las que todas deben subordinarse (ocupa el vértice de la pirámide de Kelsen).

*Nuestra Constitución Nacional hace referencia a este derecho en su **artículo 42**: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".*

*El **articulo 75 inc "22**" de la Constitución Nacional establece los tratados y concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes y reconocen el derecho a la salud de las personas:*

- *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: **Artículo 11**. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*
- *Declaración Universal de Derechos Humanos: **Artículo 25:** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar*
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos;*
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; **Articulo12 1.** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. **2.** Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: **d)** La creaciones de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*
- *Convención sobre los Derechos del Niño; **Artículo 24** Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios*

No solo la Constitución Nacional reconoce el Derecho a la Salud como derecho personalísimo e inalienable. También las leyes nacionales contemplan su más férrea protección

La ley 26661, SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD, establece*:*

ARTICULO 1º.- *Créase el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El seguro se organizará dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna.*

ART. 2º.- *El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que* ***respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva***

Siguiendo con el marco normativo de protección al derecho inalienable a la salud, las constituciones provinciales unánimemente incorporan expresamente en su redacción este principio. Solo a manera de ejemplo:

- Constitución de la Provincia de Buenos Aires:

Artículo 36.8*. La provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxicodependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización*

- Constitución Provincia de La Rioja

Artículo 59°.- *DERECHO A LA SALUD. El Estado asegurará la salud como derecho fundamental de la persona humana. A tal efecto, tenderá a que la atención sanitaria sea gratuita, igualitaria, integral y regional, creando los organismos técnicos que garanticen la promoción, prevención, protección, asistencia y rehabilitación de la salud física, mental y social conforme al sistema que por ley se establezca.*

La actividad de los trabajadores de la salud será considerada como función social, garantizándose la eficaz prestación del servicio de acuerdo a las necesidades de la comunidad.

Los medicamentos serán considerados como bien social básico, debiendo disponerse por ley las medidas que aseguren su acceso para todos los habitantes.

El Estado fomentará la participación activa de la comunidad y podrá celebrar convenios con la Nación, otras provincias, o entidades privadas u otros países destinados al cumplimiento de los fines en materia de salud.

Se promoverá la creación de centros de estudios e investigación, de formación y capacitación, especialmente en lo referente a los problemas de salud que afectan a la provincia y a la región.-

*L*a Corte Suprema de la Nación a sentado posición en relación al Derecho personalísimo a la salud. En el leading case "Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional", el Máximo Tribunal dijo: *"...el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho natural de la persona humana, preexistiendo a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional".-*

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en los casos "Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social" (Fallos 323:3229, sentencia del 24/10/2000) y "Monteserín, Marcelino c. Estado Nacional" (sentencia del 16/10/2001) ha reconocido que a partir de los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional "*ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas" (Fallos 321:1684)."Ello así el pronunciamiento jurisdiccional se vuelve imperativo, ya que de otro modo no habría forma de materializar la tutela judicial efectiva y continua de que son acreedores los habitantes de este país, que en su defecto se encontrarían librados –con todos sus derechos y garantías a cuestas- a la suerte de los avatares que supone el estado de emergencia que se vive*"

El Código de Ética de la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología reconoce los derechos contemplados en nuestra Carta Magna en su art. 6:*. Los miembros del Equipo de Salud deben comprometerse con los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los respectivos convenios internacionales vigentes, que no deben entenderse como exclusión de otros, que siendo inherentes a la persona humana, puedan no figurar expresamente en ellos.*

En sintonía con los preceptos mencionados, el **Código de Ética de la Asociación Médica Argentina** expresa*: CAPÍTULO 2 DE LOS DERECHOS HUMANOS Todas las naciones son miembros de la Organización Mundial de la Salud y han aceptado*

formalmente La Declaración de los Principios contenidos en su Constitución. La Declaración Universal de Derechos Humanos se ha transformado desde su dictado en "ideal común de todos los pueblos y naciones….. Es obligación del gobierno nacional, provincial, municipal que ningún ciudadano o habitante de su suelo carezca de alguno de los componentes que considera la definición de Salud como el "completo bienestar físico-psíquico-socio-cultural". La carencia de cualquiera de ellos implica la ruptura de la armonía del ser humano entendido íntegramente desde el punto de vista antropológico. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Es obligación del gobierno no sólo evitar las carencias individuales de la Atención de la Salud, sino también es responsable directo de aquellas medidas relacionadas con la Salud Pública". Es obligación del gobierno nacional, provincial o municipal que ninguna persona esté impedida de acceder a los tratamientos adecuados para sus padecimientos, así como a las medidas de rehabilitación correspondientes.

Art. 20.- *Los miembros del Equipo de Salud deben comprometerse con los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los respectivos convenios internacionales vigentes, que no deben entenderse como exclusión de otros, que siendo inherentes a la persona humana, puedan no figurar expresamente en ellos.*

Por último, el Derecho a la Salud se encuentra ampliamente reconocido en la jurisprudencia nacional. Solo a título de ejemplo mencionaremos 3 fallos representativos:

- "Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional" ; *La vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituye un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal -art. 19, Constitución Nacional-. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía-.(del dictamen del Procurador General al que remite la mayoría).*

  El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio.),

- “Campodónico de Beviacqua, Ana c. Ministerio de Salud y Acción Social” (Fallos 323:3229, sentencia del 24/10/2000) *A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), el Estado Nacional tiene la obligación impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida-, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. Los estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2°, inc. 1). En lo que concierne al modo de realización en estados de estructura federal, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto. El Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3°, Convención sobre los Derechos del Niño). La Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles -a que pertenece la actora-, está comprendida entre los agentes sindicales que integran el referido Sistema Nacional del Seguro de Salud y, en tal carácter, su actividad se encuentra sujeta a la fiscalización de la actual Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, bajo la órbita del ministerio demandado, que debe disponer medidas concretas para garantizar la continuidad y normalización de las prestaciones sanitarias a cargo de las obras sociales y, en especial, el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio.*

  La existencia de una obra social que deba cumplir el Programa Médico Obligatorio no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, pues si se pretende justificar la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería

absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud

- "Monteserín, Marcelino c. Estado Nacional" (Fallos 321:1684, sentencia del 16/10/2001

En conclusión, al aceptar un implante debemos elegir el material que nosotros consideremos más apto para preservar la salud de nuestro paciente como nos exige la normativa nacional vigente, la jurisprudencia y los principios éticos del ejercicio de nuestra profesión.

DERECHO A LA PRESCRIPCIÓN MÉDICA EN EL ORDEN NORNATIVO NACIONAL

Existen multiplicidad de leyes que reconocen los derechos de los pacientes en relación al médico actuante, ley 26.529 de Derechos de los pacientes, ley 26.742 de muerte digna y derechos de los pacientes, ley 26.066 de trasplantes de órganos y tejidos, ley 23.798 del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, etc. Sin embargo muy poca referencia existe en la normativa vigente que contemple los Derechos del Médico.

La ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina enumera en el Artículo 2, los actos inherentes e irrenunciables del médico en el ejercicio de la profesión> *A los efectos de la presente ley se considera ejercicio de la medicina: anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas.*

Nuestro Código de Ética Médica en el Capítulo 4 sobre Deberes Y Responsabilidades Del Médico pone de manifiesto la siguiente afirmación en sintonía con la mencionada ley**:**

Art.-19 El Equipo de Salud debe disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad. Ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional.

Art.-30 Los miembros del Equipo de Salud sólo deben utilizar o indicar productos de cualquier índole que sean de calidad garantizada y probada.

Conceptos similares a los expuestos podemos encontrar en el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina*:* ***Art. 48.-*** *El Equipo de Salud debe disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad. Ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional.*

Por último la jurisprudencia es muy clara al reconocer este derecho. Mencionaremos a continuación tan solo un puñado de los múltiples fallos relacionados con el reconocimiento de este derecho:

- Vivier, Néctar Hugo c/ MEDICUS S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ Amparo - Med. Sentencia.Cámara Federal De Apelaciones De Bahía Blanca. , 6/11/2012. *La Obra Social debe proveer una prótesis importada prescripta por el médico tratante del afiliado, rechazando así el ofrecimiento de la demandada de cubrir una prótesis de material nacional de menor valor incluida en el PMO, puesto que ante las opiniones disímiles entre la obra social y el médico tratante debe darse prevalencia a la opinión del médico; máxime considerando que la medicina no es una ciencia exacta, y que el derecho a la salud, consagrado por el art. 75 inc. 22 de la CN, se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida.*

- Bermúdez, María C/ Inssjp S/ Amparo, 6 De Noviembre De 2012, Cámara Federal De Apelaciones De San Martin. San Martin, Buenos Aires, Sala 02 *Es procedente la medida cautelar que ordena a una obra social brindar cobertura a una afiliada para la adquisición de la prótesis recomendada por su médico tratante, dado que se encuentran configurados los presupuestos legales de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, frente a valores tales como la preservación de la salud y de la vida misma. Así las cosas y las personas, por un lado, frente a valores tales como la preservación de la salud y de la vida misma, el derecho invocado por la peticionante aparecería como verosímil a primerísima vista, por lo que la medida sería el medio idóneo para su resguardo a fin de evitar de un modo razonable el peligro de un perjuicio irreparable. Máxime cuando la demandada no aporta ningún elemento de juicio a fin de establecer la aptitud para el caso de la prótesis de fabricación local, o que el material ortopédico prescripto por el médico tratante, en la clínica predispuesta por la demandada, sea inapropiado para su afiliada. Con ese horizonte de significados, no podrá el Tribunal, al menos por ahora, disponer una solución distinta a la recomendada por el especialista según las reglas de la sana crítica [doct. arts. 14 bis, 43, 75, 19) regla 1 y 22), Const. Nacional; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 6, 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 25, 1), Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 4, 1), 5, 1) y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 1, 11 y 16, Declaración Americana de los Derechos y*

Deberes del Hombre; arts. 163, 5), 230, 377, 386, CPCC; arts. 902, 909, Código Civil; fs. 94vta.].

- "Grether de Welcker Nora c/ OSDE s/ Cumplimiento del Contrato" fs. 414 /416, 17 de Diciembre de 2013, Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires, Sala B, Magistrados: Ramos Feijoo - Mizrahi - Díaz Solimine - *La apelante no puede sostener que una resolución obligue a un galeno a imponer una prótesis que no considera viable en su diagnóstico, imponiéndose así sobre "la discrecionalidad científica o médica" que está excluida incluso de ser sometida no sólo a la incumbencia de un director médico, sino también a la apreciación judicial. La solución médica se debe adecuar a los conocimientos científicos vigentes o se debe proyectar conforme a los mismos (nunca retrotraerse a experiencias fautas) con respectivas de viabilidad. No puede ser el producto de una elección ad libitum. La conducta discrecional es aquella que sin perjuicio de no estar específicamente pautada, no releva del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a las circunstancias de personas, tiempo, y lugar (artículo 512 Cód. Civil). Conducta esta última totalmente "proteica" -no por ser un conjunto de aminoácidos, sino por sus cualidades de adecuación al dios griego-, que tiene que servir de norte al galeno en todos y cada uno de sus actos, convirtiéndose en el pasaporte que le permite franquear las fronteras de responsabilidad en el más amplio de los sentidos, es decir el "común", que como deriva de la naturaleza misma del hombre se encuentra en todos nosotros y por eso podemos decir que es el sentido común de la humanidad. Esto significa actuar como el "buen padre de familia" o, en nuestro caso quizá, con el parámetro del "buen médico de cabecera". No resulta congruente (art 34 inc. 4 del CPCCN) pretender enrostrar responsabilidad médica a quien se lo puede llegar a obligar a actuar en contra de su propio juicio técnico*

- Lopez, Marcelo C/ Osprera - Min De Salud De La Prov. De Bs.As. S/ Amparo (Reg. 13.159) Sentencia, 7 de Junio de 2007, Tribunal origen: Cámara de Garantías en lo Penal Dto. Jud. MdP, Cámara Federal De Apelaciones De Mar Del Plata. Mar Del Plata, Buenos AIRES-- *En tal sentido, cabe tener en cuenta los certificados obrantes y el informe del perito médico oficial, y que las condiciones de la prótesis importada preservan la integridad ósea, sin sacrificar superficies articulares, como sí lo exige la prótesis ofrecida por la obra social. Deben valorarse las circunstancias de caso, como la joven edad del paciente,*

quien es probable que en unos años se necesite realizar un cambio de prótesis y la nacional que provee el Agente del Seguro Salud -que implica la amputación de la cabeza del fémur- disminuye las chances de una futura reconversión. La Obra Social Personal Rural y Estibadores de la República Argentina (O.S.P.R.E.R.A.) al negar la cobertura de la prótesis total de cadera con conservación de cabeza femoral y ofrecer una distinta de la que el estado de salud del amparista requiere según prescripción médica, incurre en un accionar arbitrario poniendo en riesgo el derecho y la salud misma del accionante. (del voto en minoría del Dr. Tazza, mayoría, Dres. Ferro y Spinelli)

Por lo tanto el derecho del médico a prescribir, indicar o aplicar procedimientos en el tratamiento de las enfermedades de las personas se transforma en el elemento prioritario de un ejercicio profesional libre. De no ser así, deberíamos discutir el rol que nos cabe como profesionales liberales, la independencia científica que nos caracteriza y empezar a pensar en algún tipo de trabajo subordinado si las presiones del sector empresario de la salud condicionan nuestras decisiones profesionales.

OBLIGACIONES DEL MÉDICO EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON EL PACIENTE

Las disposiciones emanadas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación nos marca la obligación de actuar diligentemente en el contrato de atención médica. La diligencia en nuestra especialidad y en relación al tema en cuestión, se basa en la adecuada elección del material a implantar en relación a la patología del paciente y las condiciones específicas del mismo.

Las normas del nuevo Código Civil que estipulan la responsabilidad civil del médico incluyen los siguientes artículos>

ARTÍCULO 1724*.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.*

ARTÍCULO 1725*.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.*

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

No menos importante que la normativa nacional mencionada son las normas éticas que rigen el ejercicio de nuestra profesión. El Código de Ética de la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología expresa: *La Moral se encuentra conformada sobre un núcleo central constituido por ideas de* ***Igualdad, Solidaridad, Justicia y Búsqueda del Bien Común*** *y sus orígenes pueden rastrearse desde una ética en primates hasta nuestros días, pasando por las etapas de las Leyes Naturales y el Derecho Natural, el Imperativo Categórico, el Consensualismo, el Altruismo, las Teorías de la Justicia y la Ética del Discurso de los tiempos modernos, que junto a la Ética de la Responsabilidad, identificada con las características de lo masculino y la Ética de la Solidaridad más afín al carácter femenino permite pensar que contrariamente a quienes creen que no puede haber ya progreso en la Ética, los cambios ocurridos en el mundo en el último siglo han comprometido la subsistencia del hombre, ya no sólo como individuo, sino como especie. Los principios fundamentales de la Ética Médica se encuentran enraizados en estas ideas y procedimientos que provienen de la Ética General que regula al resto de la ciudadanía y básicamente pueden ser resumidos de la siguiente forma:*

Principio de Autonomía: obligación de respetar la libertad de cada persona para decidir por sí y sobre sí.

Principio de No Maleficencia: obligación de no hacer el mal.

Principio de Beneficencia: obligación de hacer con otro aquello que cada uno entiende como bueno para sí.

Principio de Justicia: obligación de la no discriminación o igualdad en el trato.

En el capítulo 7, el Código de Ética de nuestra asociación regula las relaciones entre el médico y el paciente. En su prólogo menciona una de las directivas éticas fundamentales en el ejercicio de nuestra profesión:

El objetivo fundamental de la tarea del Equipo de Salud es la prevención, preservación, protección y recuperación de la salud de las personas, ya sea como individuos o como miembros de la sociedad, manteniendo el respeto a la dignidad personal de aquellos que a él recurren.

La base de la relación humana fundamental en el ejercicio de la profesión médica es la fórmula dual Médico-Paciente (Equipo de Salud- Paciente) y la primera lealtad de aquel

debe ser hacia la persona a quien se asiste, anteponiendo sus necesidades específicas a toda otra conveniencia.

Está vedado: Art. 54: Practicar actos profesionales que pueden resultar dañosos para el paciente o prohibidos por la legislación vigente.

La violación de alguna norma ética puede dar lugar a una antijuridicidad formal y no meramente material y en este supuesto puede presumirse la culpa del infractor, en este caso el médico, situación que puede devenir en un proceso ético o en un reclamo judicial.

Para concluir, a la hora de la aceptación de un implante debemos ser diligentes si no queremos exponernos a demandas por responsabilidad civil profesional y procesos éticos. La elección del implante debe ser adecuada a las circunstancias de las personas (patología, edad, comorbilidades, etc), el tiempo y el lugar. Eso implica elegir el material que consideremos adecuado para el paciente a tratar. No debemos aceptar imposiciones de los poderosos agentes de salud. Su responsabilidad se extingue desde el momento mismo de nuestra aceptación. La elección protésica no solamente constituye un derecho del médico fundamental sino también una obligación normada en el Código Civil y Códigos de Ética Médica cuyo incumplimiento puede acarrearnos consecuencias jurídicas por culpa y cuestionamientos éticos.

Walter F. Martínez

Miembro Titular Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología

Miembro Acreditado Asociación para el Estudio de la Cadera y la Rodilla

Abogado

T58F518 CFABB