

**BREVE RESEÑA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ERROR MÉDICO EN
CUBA. NUEVOS RETOS PARA LOS PROFESIONALES
BRIEF REVIEW ON CIVIL LIABILITY FOR MEDICAL ERROR IN CUBA. JURISPRUDENCE AND
NEW CHALLENGES FOR PROFESSIONALS**

Esp. Nubia Tellechea Segundo ¹ (0000-0002-7659-8980), Tribunal Provincial Popular de Matanzas,
nubia.tellechea@tsp.gob.cu

Resumen

El trabajo tiene como objetivo abordar las consecuencias jurídicas del error médico, en particular, la responsabilidad civil derivada como concepto general de un acto ilícito y de manera particular derivada de una mala praxis médica. Los principales resultados consisten en una sistematización de dicha problemática, analizando cómo puede materializarse en casos concretos y el tratamiento ofrecido en Cuba. Las conclusiones fundamentales se refieren a que los procesos de responsabilidad médica en la actualidad requieren iniciativas de investigación que brinden respuestas informadas a los numerosos problemas que enfrentan los tribunales penales y en menor medida los civiles. El profesional de la salud en su proceder asume no solo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad jurídica, responde también por hechos que le son imputables a título de imprudencia.

Summary

The objective of the work is to address the legal consequences of medical error, in particular, the civil liability derived as a general concept of an illicit act and in a particular way derived from medical malpractice. The main results consist of a systematization of this problem, analyzing how it can materialize in specific cases and the treatment offered in Cuba. The key findings refer to the fact that medical liability processes today require investigative initiatives that provide informed responses to the many problems faced by criminal and, to a lesser extent, civil courts. The health professional in his procedure assumes not only a high ethical and social responsibility, but also an unavoidable legal responsibility, he also responds for facts that are imputable to him as recklessness.

Palabras claves: *error médico; responsabilidad; civil; penal; Cuba*

Keywords: *medical error; responsibility; civil; penal; Cuba*



Monografías 2021
Universidad de Matanzas © 2021
ISBN: 978 - 959 - 16 - 4681 - 1

Resulta difícil abordar un tema que refiere a la responsabilidad y culpa de un profesional en el desempeño de sus funciones, especialmente de aquellos que por la naturaleza de la labor que desempeñan, constituyen el eje de la salud humana; menuda tarea ha sido asignado, pero se intentará cumplir con mesura, que el mensaje sea aceptado con las mejores intenciones que las palabras de una profesional ajena a la alta misión médica, puedan encerrar.

En este artículo se pretende realizar un bosquejo histórico, sin mucho abundamiento para no aburrir al lector, pero resulta necesario para conocer la génesis de cualquier problemática planteada, y porque enriquece el acervo cultural de cualquier persona, especialmente en un tema poco abordado, pero que tiene implicaciones en el desempeño de cualquier profesional.

Más tarde nos adentraremos en conceptos básicos jurídicos, referidos por varios autores, entre ellos (Orozco, 2018), para el mejor entendimiento de la temática abordada, la responsabilidad civil, derivada como concepto general de un acto ilícito, de manera particular derivada de una mala praxis médica, la forma de materializarse en casos concretos, pasando por cómo se vislumbra en nuestro país, para finalmente llegar a modestas conclusiones, no sin antes lanzar un mensaje de alerta de lo que puede sobrevenir en un futuro muy cercano, a partir de la promulgación de nuestra carta constitucional y el cúmulo de leyes que en este año deberá sancionar la Asamblea Nacional, para su entrada en vigor.

En el mundo antiguo se utilizó la frase *Primum Non Nocere* como una forma concreta de expresar el necesario humanismo de la atención médica y que señalaba la necesidad de evitar los malos procedimientos en aquel entonces. En estados como Egipto y la India existían funcionarios que observaban el cumplimiento de las normas establecidas. En Babilonia, Mesopotamia, 1750 años ANE, con el reinado de *Hamurabi*, en el código de leyes se regulaba el trabajo médico y se castigaba severamente los malos resultados de un tratamiento u operación, según el nivel social del enfermo. Desde el año 1728 a.C. se establecía la responsabilidad profesional y específicamente la responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión.

No obstante, una misma acción del galeno podía, en dependencia del resultado provocado, ser castigada severamente o recompensada, conforme establecían las leyes 215 y 218 del Código de *Hamurabi*. El juramento Hipocrático, siglo V a.n.e, estableció las bases para la ética y conducta

médica, cuyo fin era mejorar su práctica y sus resultados, postulados que están vigentes en la actualidad.

En el siglo XIII, la primera escuela de medicina del mundo en Salerno, Italia establece regulaciones del trabajo médico que contenían elementos de auditoría. Florencia Nightingale en 1865, durante la guerra de Crimea, planteó que las leyes de la enfermedad podían modificarse si se relacionaban los resultados con el tratamiento.

Abraham Flexner (1910) en su informe al congreso de Estados Unidos de Norteamérica (EUA) puso al desnudo la pobre calidad de los servicios hospitalarios y de la docencia, que obligaron a mejorar la atención médica, lo que motivó el comienzo del control de calidad moderno. Por el contrario, esto influyó negativamente sobre la concepción de la atención médica integral, al hiperbolizar la concepción biologicista de la práctica médica como un enfoque inadecuado que, infelizmente, aún persiste en algunas latitudes.

En la década del sesenta, en los EUA, resurgió la preocupación en cuanto a la alta frecuencia en que los enfermos hospitalizados eran maltratados, lesionados o dañados. La década del noventa se estimó de mayor atención y dedicación de los científicos sobre el error médico, en lo adelante EM y especialmente en 1999 con el reporte que presentó el Instituto de Medicina (IOM) al gobierno de los EUA donde se saca a la luz nuevamente los malos resultados de la atención médica en los hospitales causada específicamente por el EM. Es importante destacar que actualmente la OMS se ocupa por el desarrollo de una metodología para el estudio de eventos adversos, la seguridad del paciente, y los errores de la atención médica (Yzquierdo, 2017).

No obstante, a pesar de lo antiguo del tema, la problemática de la responsabilidad médica aún genera importantes polémicas. Los medios de comunicación se hacen eco de presuntas malas prácticas médicas en diferentes partes del mundo. Esto pudiese conllevar a la formulación de una opinión equívoca sobre la idoneidad y capacidad de los profesionales de la medicina, cuya labor está encaminada a la protección de bienes jurídicos tan importantes como la salud y la vida humana. Además de promover una mejor comunicación entre pacientes, familiares y doctores, el proyecto de buenas prácticas para la prevención de quejas y demandas judiciales tiene el objetivo de empoderar a los especialistas de herramientas que les permitan desarrollar una atención de mayor calidad y con ello evitar problemas, así como también mejorar el trato.

En Cuba se tiene conocimiento de muy pocos trabajos jurídicos que abordan el tema: Cedeño (2008), Parets (1991), Arrue y Azharez (2012), Ramírez y Blanco (2012), Vila (2013). Entre ellos destaca el de Cedeño (2008). No obstante, se limita a describir los elementos configuradores de la responsabilidad en el ejercicio profesional sin llegar a realizar proposiciones de *lege ferenda*.

Ofrecer una mirada desde el ámbito jurídico es uno de los objetivos del trabajo, no sin antes alertar que sobre el tema muy poco se ha escrito, incluso se habla o se divulga, ya sea, a juicio de la autora, por la protección de una figura como el profesional médico o porque el exceso de justificaciones para explicar el fenómeno compensa a los familiares y afectados (Domínguez, 2018) quienes en ocasiones el dolor por la pérdida o el daño supera cualquier deseo de litigar en la arena jurídica, cuando del resultado del asunto, no se compensa la pérdida ocasionada.

Son pocos los asuntos que, en materia de responsabilidad del profesional médico en los últimos cinco años existen en la provincia, los estudiados, no aluden a la responsabilidad civil, se quedan en el sustrato de la culpa y la sanción contra el infractor, ni siquiera la Fiscalía, como órgano que lleva la acción penal, hace alusión a este pedido al evacuar las conclusiones y solicitar la aplicación de sanción penal (Código penal, 1987).

Ahora bien, un acto médico indebido (Hernández, 2020), resulta una mala práctica o aquel que no ha sido desarrollado con la técnica normal requerida y lógicamente genera responsabilidad, pudiendo ser ética, administrativa, civil o penal, dependiendo de la naturaleza del acto indebido y de la legislación nacional vigente al momento de producirse. Respecto a ello el Dr. Cañizares, eminente jurista aborda la siguiente definición:

(...) es aquel resultado de un proceder médico, que, realizado dentro de la rigurosa observancia de las previsiones científicas adecuadas de normas técnicas establecidas específicamente para el mismo, por causas ajenas a cualquier forma de imprudencia en la conducta del facultativo, trae como consecuencia una situación de peligro o lesión para la salud del paciente, o pérdida de la vida del mismo (Orozco, 2018, pp. 30-31).

Es interés de la autora, trasladar, desde el punto de vista jurídico determinados conceptos que ayudarán a adentrarse en los vericuetos del vocabulario jurídico, por lo que expresada llanamente la negligencia médica es la conducta en la que el personal sanitario se aparta de las normas técnicas y buenas prácticas de su profesión y, con ello, afecta al paciente. Se entiende por afección que se

agrave la condición del necesitado de cuidados, que se le provoquen otras lesiones, sean físicas o psicológicas o que, incluso, se llegue a un desenlace fatal.

En Cuba, la negligencia médica, como fenómeno, es una cuestión altamente sensible y tal criterio encuentra expresión en los ámbitos legales. Existen instancias que evalúan los modos de proceder de los médicos y del resto del personal sanitario, sea que afectaron o no a un paciente o a un grupo de estos, cuyo sustento se encuentra cuando la conducta es reprochable penalmente, contenida en la Ley N.º 41 "Ley de Salud Pública de la República de Cuba" de 13 de julio de 1983 y en la Ley N.º 62 "Código Penal de la República de Cuba", 1987, en vigor desde 30 de abril de 1988; pero no como una conducta especial para los médicos, sino que la conducta del profesional se circunscribe a los delitos comunes que puedan ser cometidos por cualquier persona, agravando la condición del reo si resulta un profesional de la salud, por la especial naturaleza de la labor que desempeña. Otra de las herramientas para corregir mala praxis, negligencias, etc.

En el ámbito administrativo lo es el Acuerdo conjunto de 1983 entre el Tribunal Supremo Popular-Ministerio de Salud Pública-Fiscalía General de la República y el Ministerio el Interior, así como la (MINSAP, 2008), que comprenden la Metodología para la evaluación de la responsabilidad penal de los médicos, previo a la incoación de un proceso penal. La creación de comisiones investigadoras es otro de los métodos utilizados para deslindar la responsabilidad penal de la responsabilidad en el orden administrativo de los médicos (Bello, 2019) con regularidad estas comisiones son presididas por médicos legales, pero sus resultados no dictaminan sobre la responsabilidad penal de los médicos, ello corresponde a Instrucción penal por conducto de la Fiscalía, solo aluden en sus informes a las violaciones en las directivas del ramo o a las violaciones en las prácticas médicas reconocidas, conductas contrarias a las normas éticas.

De todo ello se concluye que para la determinación de una conducta negligente y como resultado dañoso es necesaria la evaluación de un conjunto de elementos y circunstancias que permitan concluir que el siniestro está asociado a la infracción del deber de cuidado, así como a la actuación fuera de los márgenes del riesgo permitido (González, 2020). Razón por la que corresponde al Derecho el establecimiento de las bases que posibiliten la correcta valoración y exigencia de responsabilidad jurídica por las faltas en que incurra durante su ejercicio profesional. Ahora bien, definida se encuentra la responsabilidad penal y mucho se ha hablado de ella por diferentes autores

(Código Civil cubano, 1987), sin embargo la responsabilidad civil, apenas se menciona, incluso en la literatura patria, no es habitual, ni significativa la exigencia a los profesionales sancionados penalmente el resarcimiento civil, poco o nada se habla del tema, muy por el contrario en legislaciones foráneas, resulta de un nexo indisoluble a la responsabilidad penal médica, con incidencia en altos porcentos, ya no solo al autor individual, sino que con frecuencia la demanda o ataque se dirige contra la institución médica, hospitales, grandes imperios farmacéuticos, que son los que en definitiva acumulan en su patrimonio el medio para resarcir económicamente a los dañados o sus familiares.

De ahí la importancia de definir estos conceptos en el ámbito del derecho civil. Corresponde entonces definir qué se entiende por responsabilidad civil, según nuestro (Código Civil, 1987), en su artículo 82 en relación con el 81, donde se define qué es un acto ilícito y qué responsabilidad civil por actos ilícitos: Aquellos que causan daño o perjuicio a otro con la correspondiente obligación de resarcirlo:

(...) la concurrencia de un acto ilícito debe estimarse como acaecimiento de un hecho que lleva implícito la violación de los derechos subjetivos de otra persona y que resulta contrario al ordenamiento jurídico de cuya comprobación nace la obligación del infractor de indemnizar a la víctima no solo de los daños sino también por los beneficios que dejó de percibir, lo que en doctrina se conoce como *lucrum cessans*, pero ello presupone la concurrencia de determinados requisitos esencialmente la demostración de ocurrencia de un acto ilícito por la violación de una norma de derecho objetivo, que esa violación produzca un daño y finalmente que entre el acto ilícito demostrado y la lesión patrimonial existe una relación directa, indisoluble, entre la conducta y el daño producido (...) sentencia 83 de 26 de diciembre de 2011, Legajo de sentencia del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral, ponente: (Tellechea Segundo, 2011).

Conceptualizado por la doctrina moderna, es la obligación que adquiere una persona cuando vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otra por una norma legal, a la reparación del daño producido, y que clasifica en responsabilidad contractual y extracontractual, diferenciándose éstas en que la primera existe una relación jurídica anterior al daño entre el sujeto que lo causa y el que lo sufre, como ocurre en el caso del cumplimiento de un contrato, en tanto que en la segunda se

adquiere igual obligación por la producción de un daño a una persona sin que exista una previa relación jurídica (López, 2017).

Lo anterior implica la trasgresión de una norma de derecho objetivo que impera entre las partes sin necesidad de su aceptación, y se trata, en última instancia, de la infracción del principio o deber general de no causar daño a otro (*neminem laedere*, decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás, habida cuenta que la antijuridicidad recae sobre una obligación de carácter genérico que pesa sobre las personas, y que para que ocurra precisa de la existencia de tres requisitos indispensables: comportamiento que al examinarlo, como punto de origen de toda responsabilidad civil, viole una norma de observancia general; que esa violación produzca un daño; y por último, que exista una relación o nexo causal entre el comportamiento y el resultado, en otros términos, entre la conducta y el daño producido.

Llevado al ámbito médico significa que estamos ante imprudencia médica cuando el galeno, sin la intención de dañar, ocasiona un resultado lesivo a la salud del paciente por no observar adecuadamente el cumplimiento de las normas, protocolos y guías de buenas prácticas que rigen la actividad médica, pues los resultados adversos debieron y pudieron haberse previsto y evitados (García, 2017).

Resulta un hecho poco conocido la exigencia de responsabilidad al personal profesional de la salud, en los años de ejercicio de la profesión, que datan de más de dos décadas. Nunca se ha conocido una reclamación en este orden, ni en los anuarios del Tribunal Supremo Popular, los boletines de sentencias editados, hemos conocido tales demandas, lo que encuentra una explicación en principio a la idiosincrasia del pueblo cubano, cuya veneración por los médicos y personal de salud en general, resulta de alto quilate, merecido y ganado reconocimiento por la labor altruista que desempeñan, con mayor profesionalidad.

Asimismo, luego del triunfo de la Revolución cubana la labor contantemente avalada por el máximo líder Fidel Castro colocó a las instituciones de salud y sus protagonistas en una posición de respeto y admiración difícilmente alcanzada por otros profesionales de otras ramas; aditivo a ello la existencia de vías partidista y gubernamentales para resolver los diferendos que pudieran suscitarse por algún acto médico ilícito o apartado de las normas y principios doctrinales de la profesión, encontrando la población satisfechas su demanda de resarcimiento en el orden moral, con el correctivo del infractor,

resultaban suficientes para acallar las inconformidades o protestas de los que resultaban dañados y como *última ratio* la incoación de procesos penales contra aquellos cuya acción dañosa, calificaba dentro del articulado del Código Penal.

Otro estudioso del tema asegura que:

En nuestro sistema de salud por sus características propias, el tema de la responsabilidad civil se torna atípico, ya que las instituciones de salud son generalmente presupuestadas, que no cuentan con una porción del presupuesto para el pago de indemnizaciones por concepto de responsabilidad civil. Dicha responsabilidad tampoco puede exigirse a cargo del patrimonio de los trabajadores de la salud por no ser suficiente para satisfacer las demandas. El Estado como garante de un sistema de la salud pública universal y gratuita garantiza esta cobertura a expensas de muchos sacrificios, que le impide solventar tales demandas. Precisamente, al ser pública y gratuita la prestación del servicio de salud, esta constituye un derecho del ciudadano y no un sistema mercantilista, se infiere que el usuario es deudor de las gratuidades recibidas. Los sistemas de control de la calidad de los servicios de salud pública en Cuba garantizan una alta calidad de los servicios médicos, donde los eventos de intrusismo profesional, iatrogenia y mala praxis, son anecdóticos y a la vez severamente sancionados (Morales, 2012, pp. 30-32).

Todo ello resulta comprensible, aunque no se comparte la opinión del autor, queda en la periferia del fenómeno, por ello y mirando hacia el futuro el desarrollo de la sociedad lleva a replantearse si realmente estas resultan las causas de la no interposición de demandas y las vías adecuadas para dejar compensados los daños ocasionados por un acto médico indebido (Ramos, 2005; Monblanc, 2018).

La medicina ha logrado avances espectaculares y logros que hasta hace no mucho tiempo no se esperaban; todo ello ha implicado que, el enfermo considere su curación como un derecho y si aquella no se logra la atribuye al fracaso del médico; la actitud de gozo permanente que anima las sociedades actuales significa rechazar la idea de sufrimiento y de dolor y ante la aparición de la enfermedad se genera un sentimiento o una actitud de oposición ante el médico a quien se hace – subjetiva e irracionalmente- responsable; el valor de la vida humana y la salud, la persona humana cuenta con una serie de bienes, tales como la vida, salud, integridad física, etc., que pueden ser

merecedoras de tutela de protección como verdaderos derechos subjetivos, la lesión a tales derechos subjetivos trae aparejado un daño susceptible de ser estimado en dinero. La protección del consumidor, se presenta al paciente como un consumidor de bienes y servicios y por lo tanto merece la protección del Estado por lo demás el enfermo es la parte más débil de la relación médico-paciente y por último en una menoría, pero existentes médicos incompetentes, en consecuencia, se plantea:

Es muy buena medida esa incompetencia y los frutos que ella produce: malos diagnósticos, pronósticos, equivocados, tratamientos erróneos, a mi juicio podrían determinar el auge de las demandas por responsabilidad médica. A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes donde resultan sumas millonarias las exigidas por concepto de indemnización, en nuestro país no se conocen, para dejar un espacio al desconocimiento de estadística al respecto, demandas en la arena civil por responsabilidad, sin embargo en la jurisprudencia italiana, la española y países latinoamericanos se han hecho pronunciamientos sentenciales en los que condena el error médico, obligando al pago de indemnizaciones, preferentemente contra las instituciones médicas, en su mayoría de carácter privado, incluyendo en los reclamos factores como la infracción al deber de información y la violación al derecho de la autodeterminación. La casación italiana distingue la solicitud de indemnización que tiene por objeto el daño derivado de la violación del derecho del paciente a elegir cómo orientarse en el ámbito de las opciones terapéuticas, de aquél relativo a la salud casualmente asociado al defecto de información. El primero es un daño de naturaleza no patrimonial, derivado de la violación del derecho a la autodeterminación del paciente e indemnizable cuando el interés tutelado sea afectado más allá del límite establecido por el principio de la tolerancia y el parámetro estatuido por la conciencia social en un determinado momento. El segundo se verifica toda vez que el enfermo acredite que, informados los riesgos derivados de la ejecución de la intervención quirúrgica, la habría rechazado (Carles, 2017, pp. 67-68).

No se trata entonces de preocupaciones infundadas, sino de premisas que nos recuerdan el ejercicio de una medicina desvinculada de la moral, del derecho y del compromiso con el bienestar físico y síquico del enfermo. Es por tal motivo que el análisis de los antecedentes modernos del principio relaciona oscuros momentos de nuestra historia contemporánea referentes a las violaciones de los

derechos humanos generados durante las más recientes experiencias bélicas y experimentos con seres humanos.

De hecho, todo miramiento histórico-jurídico relativo a los orígenes del consentimiento informado debe abordar el examen de dos importantes textos relativos al aspecto ético de la investigación con seres humanos gestados como consecuencia de las atrocidades cometidas en nombre de la experimentación médica por el régimen nazi: el *Código de Nuremberg* (1947) y la posterior Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (1964).

Notable es el caso del estudio sobre la sífilis no tratada en la población masculina negra de Tuskegee (Alabama), experimento clínico realizado por el United States Public Health Service entre 1932-1972 con el objetivo de verificar los efectos del progreso de la enfermedad en un cuerpo infectado no tratado, aun cuando, ya a partir de 1940, la eficacia de la penicilina en la enfermedad se encontraba del todo comprobada (Ríos, 2017).

Para remediar el escándalo se aprobó en 1974 la National Research Act (*Publ. L. 93-348*), normativa destinada a regular la experimentación humana en Estados Unidos. Con ellos, se estatuye el principio del respeto al individuo, a su autodeterminación y a la toma de decisiones informadas. Más tarde, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigor desde 1976, precisa en el artículo 7 que nadie sería sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, tampoco a experimentos médicos o científicos, sin su libre consentimiento. Simil solución fue adoptada en 1942 por la Corte de Casación francesa en el histórico caso *Teyssier*, donde se recalcó el principio de obtener el consentimiento del enfermo de practicar una operación, en virtud del respeto de la persona humana (Código Civil, 1976).

Por su parte, una trascendental contribución en la materia ha correspondido a la normativa europea contemporánea. El Consejo de Europa adoptó en Oviedo, el 4 de abril de 1997, la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Su art. 5 estableció la siguiente regla general: que no sería posible llevar a cabo una intervención a persona, sin que esta diera su consentimiento informado, previo a ello recibiría una información adecuada en relación con la finalidad y naturaleza de la intervención, pudiendo retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad.

Otro instrumento garante emana de la reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El texto, en vigor como documento vinculante del tratado de Lisboa desde el 1 de diciembre de 2009, declara en su art. 1 que la dignidad humana es inviolable y que será respetada y protegida.

Junto al derecho a la vida (art. 2), la Carta salvaguarda el derecho a la integridad física y síquica (art. 3, No. 1), mientras que en el ámbito de la Medicina y de la Biología se respeta el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo a las modalidades de la ley.

El criterio asentado por la Corte francesa, blanco de duras críticas por la doctrina que sitúa el perjuicio moral sufrido por el paciente en el nicho de los derechos de la persona de estampa constitucional, ha sido objeto de un reciente e histórico *revirement*. En un pronunciamiento de junio del presente año, la Casación francesa ha desechado la tesis sostenida por el médico (quien arguyó que la intervención, cuyos riesgos no se informaron, no tenía alternativa dado el riesgo de graves infecciones al que se encontraba expuesto el asistido), reconociendo en la violación del derecho de informar un atentado a la dignidad humana. Sobre dicha base, la Corte dispuso que la falta de información constituye un hecho capaz de generar por sí mismo un perjuicio moral que debe ser indemnizada.

Se agrega, asimismo, que no podría excluirse la indemnización del daño moral por el agudo o crónico dolor físico cuando la elección del médico de privilegiar la tutela de la integridad física del paciente o de su misma vida se haya realizado sin su consentimiento generando sufrimientos físicos que el enfermo habría podido elegir no soportar. Sobre la base de tales consideraciones, la Corte francesa concluye:

(...) en el caso de la sola violación del derecho de autodeterminación, incluso sin correlativa lesión del derecho a la salud relacionable a ella por haber sido la intervención terapéutica necesaria y correctamente realizada, puede existir un espacio resarcitorio; mientras que para proceder a la indemnización del daño por lesión a la salud por las previsibles consecuencias del acto terapéutico necesario y correctamente ejecutado *secundum legem artis*, pero sin la preventiva información del paciente sobre sus posibles efectos perjudiciales (...), se requiere necesariamente la demostración que el paciente habría rechazado la intervención si hubiese sido adecuadamente informado (Sentencia de la corte Francesa, 2009).

El avance experimentado por la responsabilidad médica no sólo se ha traducido en obras especializadas, sino ante todo ha significado un incremento en los procesos judiciales seguidos contra médicos.

Así, según comunicación presentada ante el Segundo Congreso Internacional sobre Ética Médica realizado en París en mayo de 1966, se demostró que, en un período de 20 años, comprendido entre 1945 a 1965, el índice de médicos demandados aumentó considerablemente, resultando que mientras en 1945 se demandaban a 5 médicos por cada 1000 casos atendidos, en 1965 el índice aumentó al 20 de cada 1000.

En Inglaterra el fenómeno se ha manifestado también en forma significativa, hasta el punto de poner en estado de alarma a las dos principales sociedades de defensa que velan por los intereses de los médicos británicos. En los Estados Unidos, el fenómeno de la proliferación de las demandas y condenas contra médicos ha alcanzado cifras incalculables.

El número de demandas por mala praxis crece en forma pronunciada, especialmente en zonas metropolitanas, el monto de las compensaciones por dicho concepto crece en forma proporcional, las primas por seguros para los médicos crecen en forma geométrica y muchas compañías de seguros rehúsan continuar suministrando pólizas de seguros para protección contra demandas de éste tipo, debido a las elevadas pérdidas y a la imposibilidad de calcular tarifas adecuadas, la situación existente ha dado lugar a que algunos médicos abandonen definitivamente la profesión, cada vez se hace difícil lograr que los médicos jóvenes se dediquen al ejercicio de ciertas ramas que por naturaleza propia son riesgosas.

Un aumento considerable en el número de litigios contra médicos se ha presenciado en algunos países latinoamericanos. En Argentina en el período 1958-1978 se presentaron más de cincuenta casos. En Costa Rica, no obstante encontrarse algunos casos con anterioridad el tema de la responsabilidad médica cobró importancia a raíz de dos casos que se suscitaron casi simultáneamente; y que fueron noticia los procesos seguidos por la amputación de una pierna a una señora que padecía de várices y el otro proceso por una operación de meniscos realizada por equivocación en la rodilla de la pierna que no correspondía. Es a partir de estos dos casos que se crea un ambiente de repudio por parte de la opinión pública y un estado de alarma en el cuerpo médico nacional.

Para protegerse de estas demandas en muchos países han creado el seguro médico que cumple una función profiláctica (preventiva), que le garantizaba el no tener que soportar las inconveniencias, molestias y atrasos de un largo proceso judicial que culminaba frecuentemente en una condena contra el médico, por cuanto la obligación principal para el ente asegurador consiste en mantener indemne al asegurado en cuanto a la reparación, reconociéndose incluso, la posibilidad de condenar directamente al asegurador. Las ventajas del seguro no solo se traducían en una eventual sustitución del pago de la indemnización, sino también, mediante una participación activa que el ente asegurador ejercía en el proceso en interés del asegurado.

Con el seguro, se intentaba así, una disminución en la cantidad de pleitos que se establecían contra los médicos, constituyendo una garantía tanto para el médico como para el paciente, lo cual motivó que esta institución cobrara mayor importancia, desempeñando un papel preponderante en la responsabilidad médica. En Estados Unidos e Inglaterra el seguro experimentó su mayor desarrollo, creando, un ambiente de alerta por parte de los pacientes o sus familiares quienes, ante cualquier daño sufrido, iniciaban un proceso judicial con la finalidad de ser resarcidos y motivados por el hecho de ser un ente asegurador quien se constituiría en su eventual deudor, llegando a crear un *boom*, una verdadera explosión en cuanto a los procesos judiciales contra médicos.

El mayor número de condenas significó un mayor desembolso por parte de las compañías aseguradoras, lo que motivó que las aseguradoras que pudieron soportar esta explosión, elevaran el costo de las pólizas en este tipo de seguro, limitando asimismo los riesgos cubiertos, mientras tanto, otras compañías no soportaron el aumento en el pago de indemnizaciones por lo que se vieron obligadas a retirarse del mercado.

El fenómeno del desarrollo del seguro ha tenido influencia en otros países. Así, en Francia se crearon tres grandes organizaciones de seguros: el *Sou Medical*; La *Mutuelle du Corpus Sanitaire* y la *Medicale de France* que garantiza la actividad de más del 60% de los médicos en aquel país.

Por su parte, en la República de Argentina, la resolución No. 15.517, del 31 de enero de 1980, autorizó con carácter experimental, las condiciones del seguro de responsabilidad civil profesional para médicos, presentadas por la Asociación de Compañías de Seguros, regulándose de esta forma los riesgos cubiertos, los riesgos excluidos, las tarifas de la póliza y las demás condiciones a establecer entre el ente asegurador y el médico asegurado.

En Italia, las nuevas orientaciones ya no discuten el problema del contrato de seguro, sino que se dirigen hacia la conveniencia o no de un sistema de seguridad social que garantice por un lado la indemnización del paciente y por otro lado que promueva la diligencia profesional. Tal sistema de seguridad social, tendría como reglas generales, las que se aplican en materia de riesgos laborales, creándose un fondo de garantía a cargo del Estado que vendría a cubrir la reparación del daño en el paciente, sobre la base de la demostración del nexo de causalidad; para lo cual se proponen comisiones especiales que constaten la causalidad y definan la resarcibilidad del daño, así como una valoración sucesiva de la conducta del médico.

En Cuba no existe algo relacionado con el seguro de los médicos y personal de salud ni empresas aseguradoras que asumen la responsabilidad del error médico, y pago de una suma indemnizatoria a nuestro juicio el aseguramiento y todas las fuerzas estarían direccionadas en tratar de eliminar o minimizar las causas del fenómeno, es decir el error médico, si bien como reiteradamente se ha afirmado no existe en el país estadísticas conocidas que avalen la necesidad de protección del personal de salud por reclamos derivados de la responsabilidad civil, en el futuro muy próximo esto podría convertirse en algo presente y ello, no debe impresionar, la preparación debe concentrarse en el campo de la mayor pericia, adecuada preparación del personal, consiente demostración del cumplimiento del compromiso hipocrático, aceptación y cumplimiento de la normativa dictada por el Ministerio de Salud pública, para la observancia de los protocolos y procedimientos que guían cada actividad, desde la atención primaria de salud.

Se debe desmitificar el error médico y excluir una atmósfera inadecuada que impide el amplio análisis, creando un ambiente positivo para estudiar y reducirlos. Eliminar las barreras internas y externas que impiden la prevención del Error médico (Ramos, 2021).

Dar un tratamiento diferenciado al error médico, en concordancia con los principios establecidos de la ética médica, con el fin de que los errores sean conocidos y analizados crítica y científicamente en reuniones de profesionales de la salud, con libertad y profundidad necesarias, que permitan derivar experiencias e impidan su repetición. Aplicar al estudio del error médico, la concepción multicausal del proceso salud-enfermedad, ya que estos resultan de un conjunto de múltiples factores y raramente debido a falta de cuidado o incorrecta conducta de un individuo. Considerar que no es sólo el médico quien comete errores, sino todos los profesionales, técnicos, trabajadores, la propia

institución y el sistema. Crear una metodología efectiva para el diagnóstico y evitar los eventos adversos del error médico. Actualizar frecuentemente y sobre todo cumplir las normas y procedimientos establecidos (buenas prácticas), para mejorar la calidad. Aplicar el trabajo en equipo, la amplia participación de los trabajadores y establecer políticas dirigidas a la prevención del EM para lograr su liderazgo.

La constitucionalidad del país, debidamente fundamentada a través de la puesta en vigor en abril del año dos mil diecinueve, de nuestra nueva Carta Magna, la que abrió las puertas a todos los ciudadanos para mostrar, ante la vía judicial civil, administrativo y constitucional, las inconformidades contra el accionar de cualquier entidad y ello no excluye la posibilidad de que sea esta la vía de materializar la exigencia de responsabilidad civil al personal profesional de la medicina.

En su preámbulo declara que es la voluntad del pueblo, de que la ley de leyes de la República de Cuba esté presidida por el profundo anhelo, logrado de José Martí "Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre"; y más adelante en el Título V Derechos, Deberes y garantías refrenda en sus artículos cuarenta, cuarenta y seis, sesenta y uno, setenta y dos y noventa y nueve; todo lo referido a la dignidad humana como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes, con ello el derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, al educación, la cultura, la recreación, el deporte y el desarrollo integral, así mismo dirigir quejas y peticiones y obtener respuestas a ellas, acceder a los órganos judiciales para obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos y se adiciona el hecho de que toda persona que sufre daño o perjuicio por directivo causado indebidamente, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente indemnización.

Todos estos principios generales se verán materializados a través de la nueva normativa, aún en preparación y discusión, en las que esencialmente, se conceden a los ciudadanos amplias facultades para concretar sus demandas y pedidos de forma expedita ante los Tribunales de justicia.

Para ello y sin crear una alarma excesiva debemos prepararnos todos los que servimos a la sociedad, no solo los profesionales de la medicina, sino todos funcionarios públicos, servidores públicos, deben instruirse de los deberes para con los destinatarios, que incluye a todos en otras esferas de la vida ajenas a nuestro desempeño profesional, instruirse y apertrecharse de las herramientas que ofrece la

legislación vigente para el caso de verse involucrados en reclamos, podamos de una manera honesta y digna defender nuestro actuar.

Las nuevas leyes procedimentales darán a cada parte las garantías de un debido proceso, ágil y carente de formalismo que solo dilatan la tramitación e imprimen mayor stress psicológico a los involucrados en las demandas, tendrán en mesa de negociaciones, por llamarlo de alguna manera, la oportunidad de dialogar entre demandantes y demandados a fin de allanar el camino de la litis, esclarecer hechos oscuros o poco explicados en la demanda e incluso llegar a acuerdo entre las partes; abandonando así el principio técnico configurativo de la escritura, que imponen en la actualidad los procedimientos vigentes (Ley de procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, versión 1997).

De manera concluyente el profesional de la salud ya no se considera, como en el pasado, como una autoridad indiscutible y este fenómeno se aplica a todas las profesiones de responsabilidad pública o social. La complejidad y la importancia de los procesos de responsabilidad médica en la actualidad requieren iniciativas de investigación que brinden respuestas informadas a los numerosos problemas que enfrentan los tribunales penales y en menor medida los civiles.

La responsabilidad por error médico no siempre deriva en actuaciones criminales o en el ámbito de la esfera penal, también le es exigible responsabilidad civil, con independencia de que la actuación no sea constitutiva de delito. La ocurrencia de un resultado adverso (daño a la vida o salud del enfermo) en el marco del acto médico, por sí solo adolece de mérito suficiente para la formulación de una pretensión jurídica de responsabilidad contra el facultativo, siendo determinante la probanza del elemento nexa causalidad.

El profesional de la salud en su proceder asume no solo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad jurídica. El ejercicio de su profesión exige un estricto cumplimiento de normas, protocolos y guías de buenas prácticas que rigen la actividad, pudiendo ocasionar un resultado lesivo a la salud física, psíquica o la muerte para el paciente de no observarlas adecuadamente. Salvo contadas excepciones, los resultados lesivos que llegan a producirse en el ejercicio de la Medicina, y por los que el profesional debe responder, le son imputables a título de imprudencia.

En estos casos la conducta médica que alcanza los predios del Derecho Penal califica como mala praxis, debiéndose demostrar que el resultado infausto es consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado. Esta obedece al actuar negligente, imperito, imprudente o la inobservancia de los reglamentos, derivándose de ella la responsabilidad civil.

La mala praxis médica genera resultados adversos, pero no todo resultado adverso es producto de una mala praxis. Solo esta, dentro del catálogo de aquellos, genera responsabilidad penal a título de culpa por violación del arte médico si se configuran los restantes rasgos que caracterizan una conducta como delictiva (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad) (Código Penal 1987).

Se produce en el marco de la relación médico-paciente, resultado de la ejecución de un acto médico indebido por imprudencia, impericia, negligencia y la inobservancia de los reglamentos, que implica la afectación de bienes jurídicos tutelados por el Derecho, como la vida y salud de las personas. Error médico es el que resulta de una equivocación en que no existe mala fe, ni se pone de manifiesto una infracción o imprudencia, como la negligencia, abandono, indolencia, desprecio, incapacidad, impericia e ignorancia profesional. Error médico es todo acto médico de tipo profiláctico, diagnóstico o terapéutico, que no se corresponda con el real problema de salud del paciente.

Se excluye la imprudencia, infracciones y la mala práctica (Castiñeira, 2017), en el Manual de prácticas obstétricas para la atención primaria de salud. Es decir, que debemos diferenciar el EM de la mala práctica (MP) y sus variantes como la infracción o imprudencia, negligencia, la mala fe, el abandono, impericia, el abuso y es importante diferenciarlos, puesto que la conducta a seguir es diferente en cada una, así como el tipo de responsabilidad exigible en cada caso.

La responsabilidad civil deriva del daño o perjuicio ilícitamente causado y con ello el resarcimiento, que comprende la restitución, la reparación del daño material, la indemnización de perjuicios y la reparación del daño moral, casi siempre en el marco de la medicina estará vinculado al resarcimiento patrimonial, ello por supuesto requerirá de probanza del nexo causalidad, quedando a criterio de los jueces el monto indemnizatorio de manera racional, pues la exacerbada tutela jurídica a través de compensaciones dinerarias, solo conducirá a desvirtuar el verdadero sentido de la exigencia de responsabilidad al facultativo, convirtiendo la demanda en una fuente de enriquecimiento. Trabajar en la necesidad y posibilidad de la prevención del error médico, con un enfoque amplio y eminentemente científico, que permita su control y disminución para elevar la calidad de la atención médica y la

seguridad de los que reciben la atención de salud, resulta la principal herramienta y clave del éxito, en manos de los facultativos para la defensa contra una exigencia de responsabilidad civil.

Referencias bibliográficas

Bello Janeiro, D. (2019). *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. España, Madrid: Editorial Reus.

Carles, M. (2017) "Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica". Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Rovira i Virgili. Reus. Tarragona. España

Castiñeira González, Enio Pablo et al. Manual de prácticas obstétricas para la Atención Primaria de Salud; Universidad Ciencias Médicas, 2017, Cienfuegos, Cuba

García Aznar, A. (2017). *Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes. Estudios de bioética y Derechos*. España, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 197-212.

González Freire, Juan Francisco. (2020). La responsabilidad en el Código Civil y comercial de la Nación Argentina. Editorial El dial.com. Año.

Ley 59 de 1987, Código Civil Cubano.

Ley 7 de 1977, de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Ley 62, de 1987 Código Penal (anotado con las disposiciones del CGTSP), edición ONBC, La Habana 2009.

Ley 41 de 1983, de Salud Pública.

Liuver Camilo Momblanc y Yarisleydis Quiala Momblanc. (2018) "La responsabilidad penal médica. Tratamiento teórico-doctrinal" Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15 N° 48. Anual. Impresa ISSN 0075-7411- Electrónica ISSN 2591-6386.

López Jacoiste, JJ. (2017) La responsabilidad civil extracontractual: una exploración jurisprudencial y filosófica jurídica. Editorial Universitaria Ramón Arecos, Madrid.

Morales Dadonim, Teoría del Derecho Médico, La Habana 2012. Editorial Ciencias Médicas, versión digital.

Orozco Gadea, G. (2018). La responsabilidad del perjuicio como obstáculo de la reparación del daño moral derivado del contrato. En Leonardo B. Pérez Gallardo. "El Código Civil, 30 años después. La Habana ONBC.

Ramos, Salvador, (2021). Derecho de Daños, instrumentos comparados, Décima Edición, Cuadernos judiciales, España.

Revista "Actualidad Jurídica Iberoamericana, No 8, (2018), artículo "Derechos del paciente y responsabilidad Civil. María Candelaria Domínguez Guillén. Editora Instituto de Derecho iberoamericano.

Revista Cubana Salud Pública v.31 n.3. Ciudad de La Habana jul.-sep. 2005. versión impresa ISSN 0864-3466 versión On-line ISSN 1561-3127. Facultad de Ciencias Médicas "Manuel Fajardo" Calidad de la atención de salud. Error médico y seguridad del paciente. Benito Narey Ramos Domínguez.

Revista de derecho (Valdivia) v.15 n.2 Valdivia dic. 2003, Vol. XV, diciembre 2003, p. 75-111, versión On-line ISSN 0718-0950 Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. Mauricio Tapia Rodríguez

Revista Educación médica del centro, Edumecentro, ISSN 2077-2874, Universidad de ciencias médicas de Villa Clara, No 1, (2020). "La responsabilidad civil en las relaciones jurídicas originadas por la prestación de servicios médicos" Hernández Fernández, L. Reinerio Rodríguez Corría y otros.

Ríos Ruíz, Angela y Fuente del Campo, Antonio. (2017) "El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada", México CNDH; Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos. Versión digital.

Yzquierdo Tolsada, Mariano; Catedrático de Derecho Civil (Excedente) Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid, "La responsabilidad Civil Médico-Sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", 2017.

Vázquez Barros, Sergio. "Ponencia Responsabilidad civil de los médicos," versión digital del compendio de derecho penal.