

EL RIESGO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDICINA COMO EFECTO ACELERADOR DE LA MEDICINA DEFENSIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA.

THE RISK OF THE JUDICIALIZATION OF MEDICINE AS A THRILLING EFFECT OF DEFENSIVE MEDICINE FROM A CRITICAL PERSPECTIVE.

O RISCO DE JUDICIAL ACELERADOR MÉDICOS EFEITO MEDICINA COMO DEFENSIVO EM UMA PERSPECTIVA CRÍTICA.

Juan Carlos Araujo-Cuauro¹

Fecha de recepción: 16.10.2016

Fecha de aceptación: 22.01.2017

Resumen

El riesgo de judicialización de la medicina es inherente al desempeño de cualquier actividad que se realice en el ejercicio de la profesión médica, por lo cualquier médico se encuentra permanentemente expuesto a la realización de actos susceptibles de calificar por su resultado dañoso, de culposos y que por ello den lugar a una reclamación ante los entes de justicia. En las últimas décadas es habitual, también que, en nuestro país, que muchas decisiones médicas sean sometidas al escrutinio judicial por diversas causas, como lo son la falta de normas concretas en el derecho, o por equívocas interpretaciones de la normativa legal existente o por desconocimiento del progreso techno-científico o de la realidad médica, o en muchas ocasiones también la desmesurada e injustificable actitud médica miedosa y desconfiada, conducen a la provocación de una medicina defensiva por omisión que resulta gravemente perjudicial para la sociedad. Esta conducta contribuye al desmantelamiento de la profesión médica que, ya se encuentra sometida a la gravosa situación del sistema de salud nacional que no cumple adecuadamente su finalidad de cuidar a la salud de sus congéneres.

Palabras clave: Judicialización, riesgo, medicina defensiva, acto médico, efecto acelerador, conflictos.

SUMMARY

The risk of prosecution medicine is inherent in the performance of any activity performed in the exercise of the medical profession, so any doctor is permanently exposed to the realization of susceptible acts to qualify for their harmful result of culpable and thus giving rise to a complaint to the justice authorities. In recent decades usual, also in our country, many medical decisions are subject to judicial scrutiny for various reasons, such as lack of specific rules on the right, or misinterpretations of the existing legislation or lack of techno-scientific progress or medical fact, or in many cases also the disproportionate and unjustifiable fearful and distrustful medical attitude, leading to the provocation of defensive medicine default that is seriously damaging to society. This behavior contributes to the dismantling of the medical profession, and is subject to the difficult situation of the national health system not adequately fulfill its purpose of caring for the health of their peers.

Keywords: Judicialization, risk, defensive medicine, medical act, accelerating effect, conflict.

¹ Profesor de Medicina Legal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia (LUZ). Av. 16 (Guajira). Ciudad Universitaria "Dr. Antonio Borjas Romero". Núcleo Humanístico. Maracaibo-Venezuela. Correo: jcaraujoc_65@hotmail.com. jcaraujoc95@gmail.com

INTRODUCCIÓN

A partir del siglo XVIII comenzaron a cambiarse la singularidad de la relación entre médicos y pacientes. Los fundamentos del "médico como agente fiduciario" y "deber fiduciario" se le agregaron al valor de la confianza y modificaron e incluso transformaron el ejercicio de la medicina en una profesión, que tiene como único y característico objetivo el bienestar y la mejoría de los enfermos. Por lo tanto, a la actividad médica se le debe reconocer más un aspecto fiduciario, más que un aspecto contractual, lo que implica que el médico debe posicionar el interés, en el bienestar y los derechos del individuo como paciente por encima de cualquier otro, incluyendo los suyos propios ⁽¹⁾.

El médico como agente fiduciario del paciente se representa como a una persona en quien se confía o a quien por ser confiable se le delegan unos bienes importantes como la vida y la salud sobre los cuales éste, de buena fe y por comprobada benevolencia, ejerce su autoridad dando clara prioridad al beneficio de quien se le ha confiado, es decir el deber fiduciario del médico consiste en conocer en detalle los intereses del paciente, orientarse primariamente hacia la protección de los intereses del paciente e interesarse en sí mismo sólo de modo secundario.

O sea que un requisito ineludible para una adecuada y correcta relación médico-paciente sería la confianza; como sostenía Moisés Ben Maimones: "Concédeme que mis pacientes tengan confianza en mí y en mi arte y sigan mis prescripciones y mi consejo" ^(1,2).

Este principio de fiduciarismo fue desarrollado por John Gregory (1724-1773), exponente del Iluminismo Escocés, quien fue el responsable de convertir la medicina en una verdadera profesión al servicio de la comunidad ⁽²⁾.

De esta manera lo que entra en juego es la ética profesional en el ejercicio de la medicina, la ética médica que gira alrededor del profesional de la salud la cual se rige a través de los cuatro principios bioéticos fundamentales que son: beneficencia, no maleficencia, autonomía de la voluntad del paciente y la justicia.

Es por ello que en la segunda mitad del siglo XX y en el inicio del siglo XXI A pesar del cambio copernicano surgido en la obtención de los nuevos conocimientos en la medicina,

y como se presume que el objetivo primordial de la medicina siempre ha sido la búsqueda del bienestar del ser humano que padece o no una enfermedad a través de los medios curativos, así como su prevención cuando fuera posible y, en toda circunstancia, el alivio del dolor y del sufrimiento ^(2,3).

Pero no todo queda allí en este mismo periodo, el respeto por la autonomía, a la libertad de consciencia y el libre desenvolvimiento del paciente marcó un punto de inflexión que acarreo el fin del paternalismo médico y de la hegemonía profesional para dar inicio a la instalación de un conflicto en la naturaleza de la relación médico-paciente que fuera el cimiento principal sobre la que se apoyó siempre la medicina durante muchos siglos ⁽³⁾.

Esta relación interpersonal fundada en la confianza del paciente y en la vocación del galeno, se encuentra actualmente en un estado de marcada fragilidad, y resulta muy incierto que pueda ser reemplazado totalmente por la certidumbre inapelable de la existencia de una verdad estrictamente científica y de una decisión personal siempre tomada con plena autonomía ⁽³⁾.

Es por esto que el deterioro de la relación médico-paciente, se debe a que ambas partes se predisponen a una relación que no está fundada en la confianza o en la buena fe, sino en la posibilidad de que, por un lado, se interponga una querrela o demanda, y por el otro, se cometa una negligencia.

1. La Judicialización de la Medicina desde una perspectiva conceptual

La vida es el derecho humano básico y fundamental que se defiende primariamente desde hace milenios y constituye el pilar fundamental de los objetivos de la práctica médica desde la época hipocrática, siendo el punto de partida central de la conjugación entre los aspectos bioéticos y los derechos humanos.

El **artículo 83** de la Constitución venezolana reconoce como derecho fundamental la protección de la salud, como obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida.

La medicina como protectora del estado de salud de los individuos tiene como obligación central, la promoción del bienestar de las personas a través de la prevención,

curación y rehabilitación, su cuando es posible y, sino esta llamada acometer el alivio del dolor y el sufrimiento del paciente hasta la llegada de la muerte cuando esta es inevitable.

A este respecto los importantes avances en el conocimiento biológico y científico que se incorporaron a la medicina en las últimas décadas sobre todo en las nuevas situaciones especiales como lo es el comienzo, transcurso y fin de la vida (tales como la fertilización *in vitro*, los diagnósticos genéticos, el soporte vital, entre otros) y al mismo tiempo la incorporación a la medicina de los derechos de los pacientes a decidir autónomamente sobre sus vidas y su bienestar ante las nuevas opciones que brinda el conocimiento científico.

Las ideas y reflexiones expresadas se corresponden con el análisis que es conveniente de realizar sobre las expectativas actuales que demanda la sociedad con respecto a progreso de la medicina, y cómo puede este progreso afectar el ejercicio profesional en las ciencias médicas en cuanto a la relación de confianza y de convicción de la maltrecha relación médico-paciente moderna. En cuanto a dicha problemática que puede surgir es la generación de una cultura litigiosa y por ende jurídico-legal que ocasione o de origen a la judicialización de los actos médicos, lo que preanuncia un destino difícil y complejo para la profesión médica si no se hace hincapié en un proyecto moral que se adapte necesariamente a los derechos de los pacientes y la inevitable existencia de un razonable y adecuado sistema de salud ⁽⁴⁾.

El desconocimiento del progreso y los avances científicos en el nuevo milenio, o de la realidad médica contribuye al desmantelamiento de una profesión que, como la médica, ya está sometida a la gravosa situación de diversos sistemas de salud en el país que no cumplen adecuadamente su finalidad de cuidar a la sociedad que los necesita y los mantiene, esta conducta conduce a la judicialización de los actos médico lo que da origen a la instauración por parte del personal salud de lo que hoy se conoce o es denominada la medicina defensiva por omisión que resulta gravemente perjudicial para nuestra sociedad.

El concepto de judicializar consiste en llevar por la vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía. No obstante, la judicialización del acto médico, es un tema de

gran actualidad, que preocupa al gremio médico, por lo que es cada vez más frecuente ejercer acciones legales contra los médicos, en muchas ocasiones injustas y sin basamento legal, lo que constituye una verdadera y real amenaza que se viene observando cada vez con mayor intensidad en las instituciones administradoras de justicia. Como resultado de esta judicialización de la medicina en su acto médico efectuada en forma injusta, excesiva y sin control ético, lleva a deteriorar la relación médico-paciente y, por lo tanto, a encarecer el acto médico^(4,5).

Considerándose que el riesgo de la judicialización de la medicina es inmanente al desempeño de cualquier actividad que se realice en el ejercicio de la actividad médica. Ahora bien, cualquier médico se encuentra permanentemente expuesto a la realización de actos susceptibles de calificar por su resultado dañoso, de culposos o de dolo eventual y que por ello den lugar a una reclamación ante los tribunales.

Es por ello, de allí pues, que otro punto importante que versa sobre la judicialización de la medicina, es que se trata de un proceso progresivo, multicausal, que conlleva al desarrollo de un modelo de práctica profesional "defensivo", lo que redundará en un menoscabo gradual de la relación médico-paciente.

Entonces a la judicialización de la medicina se le debe observar desde una perspectiva social como una "enfermedad" conformada por una triada de factores integrada por "el ambiente, el médico y el paciente", donde influyen factores como la relación médico-paciente, el acceso a información por parte de los pacientes y la creciente industria de negligencias médicas". Factores que no ser conocidos por los médicos, los exponen a un escenario adverso⁽⁵⁾.

De hecho, en la raíz de la judicialización de la medicina se encuentra una falta de comunicación adecuada entre paciente y médico, o entre médico y familiares del paciente lo que lleva implícito un deterioro de estas relaciones y por consecuencia de la calidad en la atención médica.

En la medida que las nuevas tecnologías en la informática y el uso de estas por parte de los pacientes para buscar y obtener conocimientos de índole médico, que en la mayoría de los casos son pocos adecuados, la falta de legislaciones con normas claras o la libre

interpretación de las distintas legislaciones y normas actuales han propiciado la aparición de nuevos conflictos médicos legales ⁽⁶⁾.

Sucede pues, que la judicialización del acto médico está generando hoy en día el surgimiento de conflictos medico legales para el profesional de la salud. No es menos cierto que el escenario generador de estos conflictos es el modelo o sistema de salud implementado tanto en el sector público como en el privado, por ser cada vez más escasos y de menor calidad, aunado a la formación que reciben los profesionales del sistema de salud que son cada vez más deficiente, no siempre responsable, lo que puede dar motivo a la aparición creciente y progresiva turbiedad de la figura del médico que, habiendo perdido la antigua credibilidad de la sociedad, sigue siendo contradictoriamente el consignatario de la obligación profesional no sólo de los medios sino también de los objetivos o finalidad de la medicina.

Tenemos pues, que en este clima de enrarecimiento de confusión intelectual, ética y moral el paciente, que hoy ejerce legítimamente sus derechos, sobre todo su derecho de autonomía y de libertad de conciencia, puede ser víctima de una forma de ejercer la medicina por parte del médico tratante o interconsultante, que se viene conociendo en nuestros días como “medicina defensiva” con acciones que privilegian la presunta seguridad del médico y del sistema por delante de su propio bienestar ⁽⁶⁾.

Siendo las cosas así, resulta claro, qué esta práctica de la medicina defensiva, siempre es por un lado reprochable, pero por el otro lado es asiduamente justificada, ya que tienden a proteger primariamente la responsabilidad profesional del médico ante un eventual reclamo por *mala praxis* o la imputación de la comisión de un delito, es por ello que se han distinguido en el desarrollo y la práctica de la medicina defensiva dos tipos de prácticas las positivas y las negativas. Las primeras comprenden aquellas medidas que responden a la búsqueda de una mejor comunicación entre el médico y el paciente lo que implica una mayor claridad en el proceso diagnóstico-terapéutico al brindar una mayor información, más detallada y documentar más expresamente los pasos seguidos en el proceso de diagnóstico ^(6,7).

Así entendidas, estas prácticas "positivas" no proceder en un perjuicio para el paciente involucrado sino, por el contrario, en el mejoramiento de la relación médico-paciente por una creciente transparencia y comunicación. Lo contrario, son las prácticas "negativas" de la medicina defensiva incluirían los estudios invasivos (que no necesariamente redundan en un beneficio para el paciente), los potencialmente riesgosos (cuando no resultan en un beneficio comparable con el grado de riesgo que implican) y la gran cantidad de interconsultas y estudios superfluos de diagnóstico (que finalmente también incrementan los costos de la medicina) ^(7,8).

De este modo es posible que la interpretación que hacen los médicos sobre los riesgos legales que enfrentan al momento de tomar sus decisiones, sean excesivamente defensiva por la falta de información o por sobreestimar las posibilidades de éxito de eventuales reclamos. Así como los médicos deben aprender a evaluar los riesgos legales en forma objetiva y desarrollar una concepción ética y moralmente aceptable de lo que significa un riesgo razonable, del mismo modo los pacientes y la sociedad deben aprender a reconocer y aceptar la incertidumbre endémica de la medicina, y los abogados involucrados deben reconocer que tienen una obligación hacia la sociedad en general y no sólo hacia sus clientes.

No sólo el paciente, como individuo, es perjudicado por las prácticas de la medicina defensiva que muchas veces avasallan el respeto irrestricto que se le debe al ejercicio de su autonomía. Por el contrario, toda la sociedad se perjudica cuando no cuenta con un sistema de creencias que permita el desarrollo de una relación médico-paciente que necesariamente deberá estar basada en la confianza mutua.

2. Las causas de la judicialización de la Medicina en Venezuela

El ejercicio de una medicina defensiva, considerada como tal la cual hemos narrado en los párrafos anteriores lleva consigo aparejado dos efectos esenciales los cuales resultan perjudiciales para el sistema de salud nacional: por un lado, esta práctica ocasiona una ralentización en la prestación asistencial de los servicios de salud, y por otro provoca el

encarecimiento de la atención médica prestada por cuanto conlleva a la suposición de la realización de pruebas médicas al paciente de las que se habría podido prescindir ⁽³⁾.

De modo que el médico ante el que se formule la reclamación, estuviera en condiciones de probar en todo caso que se actuó con arreglo a los protocolos aplicables, que la prestación médico asistencial fue conforme al criterio de la *lex artis*, entendida esta como criterio de normalidad en la prestación del servicio médico.

Como se puede inferir la actuación médica "a la defensiva" se actúe tomando no solo las precauciones normales (en las que siempre se corre algún riesgo, pues no puede garantizarse que siempre la salud y la vida triunfen en el combate contra la enfermedad) sino más allá de las normales, acentuando hasta el límite máximo las precauciones con el fin de reducir al mínimo de lo razonable los riesgos derivados del tratamiento médico (7,8,9).

En nuestra actualidad como país con una profunda crisis médico asistencial de un servicio de prestación de salud que cada día se ve más agobiado por la falta de insumo, por las carencias en los recursos humanos especializados y por un sistema paralelo de salud que no conduce a ninguna solución, se convierte en un verdadero detonante en la producción de una desbordante presentación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario tanto público como en el privado no puede entenderse en todos los supuestos como una circunstancia que deba dar lugar a responsabilidad y ello a pesar de que pueda establecerse la oportuna relación de causalidad entre la asistencia prestada y el resultado de la falta de salud.

Esta situación puede generar los delitos de omisión, donde podemos distinguir dos categorías. La primera es la de los delitos de omisión pura o propia, y, la segunda la de los de comisión por omisión u omisión impropia. La primera implica la vulneración de una norma preceptiva, mientras que la segunda viene referida a la producción de un resultado por parte de quien está obligado a realizar una actuación para evitar tal resultado. En este último supuesto entra en juego la postura del garante, que viene configurada con la obligación legal de actuar.

Expondremos a continuación a nuestro parecer algunas de las casusas y sus consecuencias de la judicialización de la medicina en Venezuela son las siguientes:

1. Expectativas insatisfechas del paciente: En la actualidad, muchas veces las sociedades desconocen o no reconocen las limitaciones de la medicina y desconoce el hecho de que los procedimientos médicos llevan morbimortalidad asociada. Incluso, muchas veces los médicos subestiman estos riesgos y prometen resultados sin asegurarse de que los pacientes accedan a los procedimientos con un claro conocimiento de los riesgos y beneficios.

2. Limitación de recursos en salud: situación que se observa sobre todo en el sistema público nacional, regional y local de salud, donde los recursos constituyen un asunto capital para determinar hasta dónde llega la responsabilidad personal y dónde se inicia la responsabilidad institucional.

Sobre todo, en los casos de emergencia, no es lo mismo atender en un hospital tipo I, II, III o IV que atender en un ambulatorio donde no hay especialista disponible, de manera que, en caso de traumas o lesiones similares hay que buscar fórmulas para solucionar el problema que mucha vez no resultan fácil producto del mismo colapso en que se encuentra sumergido el sistema prestario de salud de la red pública y de donde muchas veces no se escapa el sistema de salud privado. Ya que todas las instituciones que prestan servicios de salud pueden ser catalogadas como áreas riesgosas de eventos adversos.

Actualmente, a las personas les cuesta acceder a la atención de salud, porque muchas veces tienen que pagar; ellas quieren y piden lo mejor, porque, además, se les ha ofrecido, lo que genera muchas expectativas insatisfechas en la población.

3. Exceso de información medica incompleta o inadecuada no procesada: es frecuente observar en los medios de comunicación impreso y sobre todo los audiovisuales de la red pública estatal de medios, muestran en ocasiones los avances tecno-científicos de la medicina, las personas los internaliza y luego exige esa tecnología de punta en cualquier centro hospitalario de salud se su localidad, sin percatarse del contexto en que estos avances no se están dando, lo que, una vez más, produce una colisión entre la

expectativa creada y la oferta real, debido a una falta de información acertada, así como a la falta de educación en salud.

4. Desacreditación comunicacional médico-paciente: se dan ocasiones en que el médico habla poco o sencillamente no habla con el paciente o los familiares, o no le explica en términos sencillos, sino que lo hace en un lenguaje incomprensible qué es su enfermedad, sus riesgos y pronóstico. Otras veces no da a conocer qué sucedió con un tratamiento o intervención quirúrgica a pacientes o familiares.

En consecuencia, los familiares solicitan explicaciones a otras personas o profesionales cercanos o distantes del equipo médico, lo que genera una cadena de información distorsionada y expectativas distintas a las reales, además de desacreditar el papel del médico como vocero directo del equipo de salud

Los médicos deben ser capaces de oír a los pacientes y a sus familias, y de entablar una relación horizontal con ellos, para comprender lo que motiva su angustia y orientar mejor su quehacer. Además, el médico debe ajustarse a los recursos disponibles, ya que, si hay especialistas disponibles, es inexcusable no consultarlos.

5. Otros elementos que agrega, por un lado, es la reforma actual del marco legal venezolano, la cual ha introducido elementos que pueden complicar y agravar aún más el ya crítico problema. Como lo es la reforma del sistema nacional de salud ha generado un exceso de expectativas en la población, con respecto a las patologías o los alcances de la reforma, que probablemente van a generar insatisfacción.

La reforma o enmienda de la ley de protección al consumidor y al usuario con lo que, podrán los pacientes ejercer acciones cuando se sientan afectados por un acto o cobranza médica con el cual no estén conforme, con un acto de cobranza de la institución privada prestadora de salud o en última instancia por la cobranza de honorarios profesionales del médico. Ellos podrán incluso recurrir a iniciar acciones en contra de un profesional médico o la institución de prestadora de salud, por vía de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios (SUNDECOP), para iniciar acciones en contra de un profesional.

Asimismo, la creación de leyes, decretos, resoluciones ministeriales, entre otras., en donde se preconizan los derechos y deberes de los pacientes que, vienen a generar incertidumbre y problemas litigiosos, debido a que van a generar mayores expectativas en los usuarios del sistema de salud.

Por otra parte, la reforma procesal penal, con el juicio oral y los acuerdos reparadores previos a éste, dejan al profesional completamente expuesto, porque el juicio es público y debe dar cuenta oralmente de sus actos médicos. Mientras que el acuerdo reparador es una figura de los tribunales que hoy tiene mucha fuerza y significa que, para evitar el juicio oral, se plantea el arreglo extrajudicial civil, que consiste en pagar una suma de dinero para evitar llegar a la instancia final, que es el amedrentador juicio oral. Por lo tanto, ya sea por la vía del descrédito público o por la vía del pago indemnizatorio, la situación es muy complicada.

6. La aparición de patologías nuevas. El público exige que todas las nuevas patologías, como la obesidad, sean atendidas y cubiertas. De hecho, muchos cuadros médicos que en la actualidad no tienen prioridad, se vuelven relevantes por algún motivo, el público se agrupa, se organiza, lucha por sus derechos y exige cobertura de salud, generando congestión, mayor demanda, insatisfacción y búsqueda de culpables.

7. El tema del dinero es importante, ya que las demandas penales terminan siempre en el campo civil, porque, más allá de las consecuencias y del dolor frente a la muerte, las secuelas o las complicaciones, al final todo termina en la solicitud de dinero. La cuenta es un tema que complica mucho a los pacientes y a sus familiares, quienes buscan un resarcimiento económico. Este fenómeno es mundial.

8. La entrega inadecuada de información. La Sociedades médicas han entregado información la ha sido pública y relevante, en el sentido de que no hay especialista suficiente para cubrir las plazas de trabajo en los diferentes centros hospitalarios de todas las regiones del país, debido a la falta de cargos; la oferta de éstos ha crecido mucho, pero hacia el sector privado, porque en el sector público no se han creado nuevos cargos.

En ciertas épocas del año, a pesar de todos los esfuerzos, se generan demoras en la atención en los servicios de emergencia; muchos pacientes deben permanecer en camillas

en los pasillos, se rechazan los traslados, entre otros. Pero el paciente no entiende esta situación, porque no sabe que no hay camillas para atender, que las ambulancias están ocupadas, que hubo un accidente colectivo, que el equipo médico está copado, o que el centro asistencial está colapsado entre otros. Al igual los sistemas de *triage* identifican a los enfermos de gravedad extrema, de tal manera que ellos siempre reciben atención oportuna, pero él mayor número de personas que consultan se sienten afectadas por estos problemas porque todos creen o piensan que ellos están más enfermos que los demás.

Asimismo, sucede con los datos sobre el número de enfermos graves que no pueden ingresar a las unidades de cuidados intensivos cada año, según los índices de camas disponibles en el país.

9. Por otro lado, también es causa de insatisfacción de la población la insuficiencia en la atención de emergencia (espera o rechazo), la alta demanda asistencial y la mala relación médico-paciente o médico-pariente, al momento de entregar información, se recomienda reunir a los parientes cercanos, en especial a los que poseen un liderazgo, para entregarles una sola versión médica, porque hablar con cada persona por separado se presta para que se generen versiones distintas.

Es importante recordar que en esta etapa de la comunicación se juega el destino de una demanda, porque si se cometió un error, pero se entrega una explicación transparente y razonable, y se aclara que era parte de un universo de posibilidades, se puede lograr que el hecho se acepte y se entienda, y evitar que se torne en causal de una querrela.

3. La judicialización de la medicina como efecto acelerador en la práctica de la medicina defensiva en Venezuela

El extraordinario avance y la proliferación en el número de reclamaciones dirigidas sobre todo contra los médicos provoca que por parte de estos se practique de forma inexorable lo que se ha venido denominando la medicina defensiva.

Puede que sea o se haga muy difícil establecer con un criterio que satisfaga a todos sobre lo que se entiende por medicina defensiva, pero, sin perjuicio de lo que se pueda concluir al amparo del Código de Deontología Médica venezolano, quizá se pueda admitir que cuando se escribe sobre medicina defensiva, se está refiriendo a que los médicos para evitar que se les impute malpraxis, prescriben la realización de pruebas diagnósticas que exceden en gran número a las solicitadas habitualmente u ordenadas en la práctica médico asistencial cotidiana, es decir de todo el abanico de pruebas que la medicina moderna les permite para evitar tanto un diagnóstico equivocado, como que les puedan tachar de dejadez o abandono en la investigación de la causa de la enfermedad.

Con respecto a la definición teórica de este vocablo compuesto medicina defensiva, no ofrece dificultades, puesto que Tancredi, 1978 ⁽⁷⁾, propuso qué se debe entender por medicina defensiva: “El empleo de procedimientos diagnóstico-terapéuticos con el propósito explícito de evitar demandas por mala práctica “. Para Paredes Sierra ⁽⁸⁾ son: “los cambios en la práctica del médico para defenderse de controversias y demandas por juicios en su ejercicio profesional “.

Es decir, entonces la aplicación de tratamientos, pruebas y procedimientos con el propósito principal de defender al médico de la crítica y evitar controversias, por encima del diagnóstico o el tratamiento del paciente”.

De estas disquisiciones y otras similares se infiere que las mismas se refieren a decisiones de los médicos que no tienen como sustento el conocimiento científico, ni elementos de medicina basada en evidencia, y tampoco se basan en la experiencia clínica.

Sus razones emergen del sentido común ante la observación cotidiana del fracaso vigente de las instituciones que administran la impartición de justicia y del desconocimiento total de los legisladores patrio, de que la salud es un atributo sin el cual los seres humanos no pueden ser gobernados y se les olvida el proverbio latino “*Salus populi suprema lex est*”, traducido fácilmente como “la salud del pueblo es la suprema ley” ^(8,9).

La medicina defensiva trataría o vendría a proporcionarle al profesional médico la protección necesaria ante futuras reclamaciones planteadas y por ende las posibles demanda de los presuntamente perjudicados debido a la prestación médico asistencial

recibida, de este modo el médico ante de que se formule la debida reclamación, estuviera en condiciones de poder probar en todo caso que se actuó con arreglo a los protocolos aplicables y que la prestación asistencial fue conforme al criterio de la *lex artis ad hoc*, entendida esta como un criterio de normalidad en la prestación asistencial.

La práctica de la medicina defensiva por parte del personal médico o por el resto del personal de la salud puede acarrear como consecuencia una generalizada y paulatina pérdida de confianza en la relación médico paciente, pilar básico en el ejercicio profesional de la medicina. Igualmente, consecuencias perniciosas para el sistema de salud, desde el punto de vista económico, ya que esta podría generar un encarecimiento ilimitado de la medicina, al verse obligado el profesional de la salud, a pedir un sinnúmero de exámenes inútiles para “cuidarse las espaldas” o traspasar a los honorarios, el valor de los seguros ⁽⁹⁾.

Entonces en relación con las implicaciones que se desaten por la práctica de la medicina defensiva, se infringe lo contentivo y lo previsto por el nuevo modelo de gestión en salud que establece que: "Los servicios medico asistenciales sanitarios, deberán adecuar su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad", y ello pues dicha actitud estaría infringiendo, al menos, los principios de celeridad y economía.

Pero la práctica de la medicina defensiva hoy en día, tiene muchos más inconvenientes que superan la simple demora en la prestación asistencial o el encarecimiento en el costo económico de los servicios prestadores de salud.

Por lo que es preocupante es que los profesionales médicos en su actuar diario no tengan fijado como su norte sólo la curación o evitar el sufrimiento del enfermo, sino que al practicar medicina defensiva, los médicos actúan del modo que consideran más adecuado para evitar las reclamaciones de los pacientes, lo que supone actuar sometidos a una presión añadida a la habitual de la realización de su trabajo y que debe producir efectos perniciosos en el propio médico y en la asistencia médica que presta.

El profesional médico debido a su formación, a su ética y su moralidad, no debe indicar exploraciones diagnósticas o procedimientos terapéuticos que no tengan otro fin que la mejoría o curación del paciente. Por lo que la medicina defensiva es contraria a la medicina ética". En principio dicho precepto es claro y sirve no solo como reflejo de que el ejercicio de la medicina defensiva está prohibido, sino que también nos permite obtener un concepto de lo que debe entenderse por medicina defensiva: "Puede entenderse que es aquella en que se prescriben exploraciones, o tratamientos que no tienen finalidad diagnóstico-terapéutica, sino que buscan la protección del médico ante eventuales reclamaciones jurídico legales" ^(9,10).

Como consecuencia de la práctica de esta medicina defensiva se produce una alteración de los parámetros con los que se debe valorar la corrección de la prestación asistencial médica, la *Lex artis*, que es un criterio esencial para determinar la existencia o no de responsabilidad, entendida dicha *lex artis* como criterio de normalidad en la prestación médico asistencial. Y así los criterios de normalidad se alteran para ser sustituidos por otros donde la normalidad ya no es lo habitual, sino que se convierten en criterios más exigentes, con la única finalidad de evitar reclamaciones y las futuras demandas por parte de los pacientes.

Para nadie es un secreto que últimamente, el avance de la ciencia médica y el desarrollo y la proliferación de nuevos y más perfectos métodos médicos de diagnósticos obliga a que el criterio de normalidad de la *lex artis* sea cambiante con los tiempos, los protocolos asistenciales debe ir mejorado impulsados por el avance de la tecnología y de la propia ciencia médica, por lo que es inadmisibles que la modificación de la *lex artis* la marque no el avance de la ciencia, sino el carácter cada vez más defensivo de la práctica de la medicina, que lleva a considerar normales situaciones o cosas que no lo son.

Todo esto tiene un efecto directo sobre los procedimientos que se tramitan en relación a las reclamaciones jurídico legales; así como cuando se interroga a un perito o experto judicial sobre si la práctica médica se ha llevado a cabo conforme a la *lex artis* o no, las respuestas son cada vez menos contundentes y así lo que se consideraba un conducta terapéutica acorde a la normalidad, ahora se considera notablemente anormal o

insuficiente pues se complementa con toda clase de pruebas diagnósticas y terapéuticas que si bien no resultan del todo innecesarias sirven para asegurar que nunca pueda prosperar una reclamación por asistencia médica inadecuada o defectuosa, de tal modo que para el caso de que se produzca un resultado dañoso se pueda acreditar que siempre es imputable a la evolución natural de la enfermedad y no a la deficiente asistencia médica prestada.

El aumento de las reclamaciones y de las denuncias, ocasionan las modificaciones de los niveles de normalidad médico asistencial, lo que tiene efectos directos en la fijación de parámetros de la *lex artis*.

4. La judicialización del acto médico y la generación de nuevos conflictos

El Siglo XX junto al recién estrenado Siglo XXI son denominados como los siglos de la tecnología debido a que en ellos se han llevado a cabo los mayores descubrimientos que en todos los siglos anteriores juntos, rebotando la concepción de la denominada medicina clásica, en la que el ser humano era el epicentro del mundo y el paciente era el actor principal transformándose en la llamada “Medicina de Laboratorio” la cual eminentemente utilitaria e impersonal en la que se fractura la relación médico paciente y el ser humano pasa a ser y es únicamente un objeto constituido por células ^(1,2).

El formidable avance de la biotecnología, la ingeniería genética junto a la medicina genómica en las que los trasplantes de órganos, los “bebés probetas”, los “cultivos de embriones humanos” para las células madres y otras manipulaciones genéticas, implican problemas éticos-morales e incluso legales.

Por lo tanto representa un reto hoy en día para los médicos ponerse a tono con los problemas médico-legales que implican estos avances en la medicina y cuyas consecuencias se pueden observar en factores propios de nuestros tiempos como el afán existista, mercantilismo, aumento de costos de exámenes y medicamentos, escasez de recursos, equipamiento, horarios de trabajo en lo que algunos médicos tienen dos y hasta

tres empleos con traslape de los mismos, falta de especialistas en algunas ramas y exceso en otras, citas a los pacientes desde seis meses hasta un año entre otros.

Todo esto hace al médico más vulnerable y lo expone a las críticas en los medios escritos, orales y audiovisuales, que han llevado a las demandas por mala praxis que, con frecuencia, lo que a este respecto se debe distinguir con mucha precisión lo que es claramente una negligencia de lo que es un error en la atención médica. Y así proteger al médico de aquellos (abogados) que se pueden lucrar con dichas vicisitudes condicionando al médico a la práctica de la llamada medicina defensiva y al ajusticiamiento del acto médico con el elevado costo que ello implica a nuestra sociedad.

El abogado siempre va encontrar cualquier motivo para intentar la demanda. Muchas de estas demandas se hacen sin causa justificada, sin análisis ni consultas a profesionales especializados, solo se hacen basadas en la disconformidad del paciente o sus familiares con un resultado. A muchos abogados los incitan la idea de intentar hacer su negocio, tienen la tranquilidad de que si la demanda es rechazada nadie les imputará la mala praxis, sólo perderán las costas, que pagará el cliente.

Pero en cambio si el profesional de la medicina no tiene éxito en su conducta diagnóstica y/o terapéutica corre con el riesgo o el peligro de ser demandado. Si los abogados fueran demandados por mala praxis, por no lograr éxito en sus demandas, con la frecuencia con que lo son los médicos, muchos serían los suspendidos en el ejercicio de la profesión. ¿Cuántos imputados son condenados por defensas ineficientes? ¿Cuántos pierden su demanda por falencias del profesional que los asiste? Sin embargo, sobran los dedos de una mano para contar aquéllos que son demandados. Es como si el abogado partiera de la base de que la ciencia médica es una ciencia exacta y la ciencia social la más inexacta y permisible de las disciplinas. Tanto una como otra afirmación son falsas; Ni la medicina es exacta, hay mil variables que intervienen en cada caso, ni tan insuficiente la abogacía.

Por lo que en oposición a los efectos de la medicina defensiva se ha propuesto el término de “medicina asertiva”, y a su favor se argumentan con algunas naturales controversias los principios de precaución y de prevención aplicables especialmente a situaciones médico profesionales a futuro.

Sin embargo, el médico, con fundamento en el tratamiento jurisdiccional y administrativo actual del conflicto, ha interpretado como una necesidad, que estos dos principios, insisto, de precaución y prevención, les acompañen siempre de manera obligada. Es por ello que se debe optimizar el ejercicio médico y mejorar el sistema nacional de salud y todo su entorno con esquemas transparentes, éticos y sin barreras o ganancias políticas y sin trabas sociales, culturales, económicas religiosas, étnicas, entre otras.; que sean factibles económicamente, técnicamente y socialmente, con valores humanos, de dignidad y respeto, con ecuanimidad de los deberes y derechos, tanto de pacientes como del personal médico, pero eso sí sin ocultar responsabilidades o negar el justo derecho a la justicia a quien le corresponda.

CONCLUSIÓN

La judicialización de la medicina y en consecuencia el surgimiento de una medicina denominada defensiva puede traer como problema la generalizada y paulatina pérdida de confianza en la relación médico paciente, pilar básico en el ejercicio profesional del médico. Desde lo económico, se genera un encarecimiento ilimitado de la medicina, al verse obligado el profesional de la salud, a pedir un sinnúmero de exámenes inútiles para “protegerse las espaldas” o traspasar a los honorarios, el valor de los seguros.

Se debe tener o tomar en cuenta que, en algunas partes del mundo, la judicialización de la medicina o del acto médico exagerado, intencionado y mercantilizado, les trajo como consecuencia, que el número de médicos sobre todo médicos especialistas en diferentes disciplinas sobre todo en las áreas quirúrgicas, disminuyeran en una forma dramática, importante y peligrosa, que terminó por dejar desprotegida a la sociedad.

Por ultimo no es lógico, que acciones profesionales injustificadas, relacionadas con las normativas legales existente, no sólo generen un mercado artificial en beneficio de intereses ajenos, sino que hagan que profesionales de la medicina idóneos e inocentes juntos a su grupo familiar, deban aguantar y sobrellevar años de incertidumbre y tensión,

así como de verse privados de recursos económicos obtenidos legítimamente. Así como el daño moral que se genera como consecuencia de una difusión desmedida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Utrillas Compaired, A. (2010). *Judicialización sanitaria*. **Dendra Médica. Revista de Humanidades**; 9(1):97-100 Disponible en:

http://www.dendramedica.es/revista/v9n1/judicializacion_sanitaria.pdf [consultado 16/10 2016]

Bello Pizarro, (2009). JC. *Judicialización de la medicina: La importancia de las sociedades científicas*. **Rev. Chil Cir**; 61(6): 503-503. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?> [consultado 16/08 2016]

Gherardi, CR., Gherardi, N. (2007). *La judicialización del acto médico y la generación de nuevos conflictos*. **Medicina** (B. Aires); 67(5): 502-510. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0025-76802007000500015&lng=es [consultado 16/08 2016]

Vargas K, V. (2006). *Gestión de Riesgos Jurídico Sanitarios y Judicialización de la Medicina*. **Revista HCUCh**; 17: 20-35. Disponible en: <https://www.redclinica.cl/Portals/0/Users/014/14/14/gestion.pdf>. Consultado el 20/08/2016. [consultado 10/092016]

Hurtado Hoyo E, Gutiérrez Zaldívar H, Iraola N, Rodríguez A. (2006). *Judicial Clinical Syndrome*. **Rev Asoc Méd Argent**; 119: 8-16. Disponible en: http://www.edicionesmedicas.com.ar/Actualidad/Articulos_de_interes/Sindrome_Clinico_Judicial. [consultado 06/09/2016].

Reuelta Iglesias A. (2006). *El riesgo de judicialización de la medicina*. *Revista Educación Médica*. 9, (1);55-64. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/edu/v9s1/14.pdf>. [consultado 10/09 2016].

Sánchez González JM, Tena Tamayo C, Campos Castolo EM, Hernández Gamboa LE, Rivera Cisneros AE. (2005). *Medicina defensiva en México: una encuesta exploratoria para su caracterización*. **Cir**; 73:201-208. Disponible en: <http://edigraphic.com>. [consultado 10/09/ 2016].

Paredes-Sierra, R. Rivero, SO. (2000). *Medicina Defensiva*. En: *Arbitraje Médico. Análisis de 100 casos*. JGH Editores. México; 89-91. Disponible en: http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2003/ponencia_sep_2k3.htm. consultado 14/10 2016]

Tena Tamayo C, Casa Madrid O. *Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario*. México: Alfíl, 2008. Disponible en: [consultado 14/10/ 2016]

EL RIESGO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDICINA COMO EFECTO ACELERADOR DE LA MEDICINA DEFENSIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA.

Juan Carlos Araujo-Cuauro

Nancuante U. La práctica médica y la judicialización de la medicina: una visión desde el ámbito jurídico. Disponible en: http://www.saludyfuturo.cl/pags/cof/sem_1.html [consultado 14/10/2016].

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000. Caracas-Venezuela.

Federación Médica Venezolana (2003). **Código de Deontología Médica**. Aprobado durante la CXXXIX reunión extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana realizada en Barquisimeto el 18 y 19 de octubre de 2003.