

La pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica

Considerando el caso más reciente, publicado en todos los medios, y en el que los padres de una joven de 13 (trece) años, será llevado al jurado do Tribunal do Estado de São Paulo para ser juzgado por homicidio doloso es importante abordar el tema.

Es cierto que además de los padres de la joven, muerta a los 13 (trece) años de edad, son los testigos de Jehová, la creencia que prohíbe las transfusiones de sangre a entender que la sangre "dada por Dios no puede ser mezclada con la sangre de otra persona", el médico que asistió también dejó de aplicar sus mejores esfuerzos con el fin de prolongar su vida.

Teniendo en cuenta el hecho expuesto arriba, aunque, en general, la teoría de la pérdida de una oportunidad bien puede aplicarse al caso. La pregunta que se hace siempre por los operadores de la ley, "¿Tendría el profesional de la medicina no adoptado ningún procedimiento, perfectamente posible, y dejado de salvar la vida de quien fue puesto a su cuidado?" "¿Tendría el médico actuado con culpa, negligencia o imprudencia?"

La teoría de la pérdida de una oportunidad se ha convertido en los últimos años como una herramienta esencial para los autores y los jueces que tienen que utilizar para analizar y fundamentar sus casos, especialmente en materia de responsabilidad médica.

El eminente profesor Kfoury Neto (2002) señala que en los Estados Unidos muchos abogados dedican se a causas médicas y profesionales de la salud, se quejan de las demandas que carecen de fundamento, una especie de "lotería legal", una práctica que alienta a los litigantes a buscar el dinero fácil y realmente contribuye al aumento de las acciones contra los profesionales de la medicina.

En Brasil, aunque no haiga esa "lotería legal", ahora también hay situaciones que parecen indicar esa dirección. Sin embargo, aunque no hay estadísticas para verificar la cantidad de acciones, lo que se conoce es que alrededor del 80% de

ellos carecen de fundamento, lo que significa que el profesional de la salud puede convertirse en una víctima de una demanda, en la mayoría de los casos, injustificables. Los autores de estas acciones son casi siempre las personas pobres que, para iniciar acciones apelan a la justicia gratuita. Después de la jurisprudencia reiterada y la desestimación de la acción, la búsqueda de reparación causada por el proceso, en casi todos los casos es poco práctica en vista de la falta de recursos de los litigantes temerarios. Según Kfouri Neto (2002):

Informar de la denuncia calumniosa - o la figura de denuncia temeraria o abusiva de la ley francesa por difamación o calumnia - produce pocos resultados prácticos. En algunos casos, puede resultar eficaz el uso de un derecho de rectificación o respuesta. Este criterio se impone sobre el demandante imprudente deber publicar una negación en la prensa, a una multa diaria (artículos 461 y 644 del CPC). (Kfouri Neto, 2002, p. 182).

Si el médico que firme un contrato con el hospital como un proveedor de servicio autónomo, o el mantenimiento de un cuerpo clínico abierto, habrá un vínculo entre ellos, con algunas reservas:

El hospital responde por los actos médicos de los profesionales que lo administran (directores, supervisores, etc.), y de los médicos que son empleados. No responde cuando el médico simplemente utiliza las instalaciones del hospital para la admisión y el tratamiento de sus pacientes. En comparación con los médicos que componen el cuadro clínico de la institución, al no ser empleados, hay que distinguir: si el paciente fue asistido por un miembro del equipo clínico, a pesar de no empleado, el hospital responde por hecho ilícito del médico, en solidaridad con esto; si el paciente busca al médico y éste tiene a la muerte en el hospital, el contrato es con el médico y el hospital no se hace responsable de esta falla, aunque en su consejo, pero sólo por mala prestación de los servicios hospitalarios que se ven afectados (AGUIAR JR, 1997, p.233).

En lo que respecta a las relaciones médico-hospital, Camapum Junior (2001) señala que el hospital puede tener dos tipos de relación de contrato con los médicos: un primer continuamente para brindar un servicio continuo del hospital, independientemente de la clasificación del contrato - si empleo o de servicio

autónomo -, y el segundo, en que el médico utiliza el hospital de higos a brevas, solo alquilar la sala de operaciones para la cirugía. En este caso el hospital siempre será responsable de fallas en el servicio que le son inherentes, tales como el mantenimiento del equipo, esterilización, entre otros.

En general, el médico es responsable de los daños derivados de su mal desempeño propio, como la incompetencia, imprudencia y negligencia, y para otros, el hospital va a responder. Cuando es imposible definir la responsabilidad, el médico y el hospital son solidariamente responsables. Si de estos servicios hoteleros (suministro de materiales, medicamentos y atención hospitalaria) avien lesiones al paciente, el hospital será el único responsable. Si el daño se debe a actos médicos sin la intervención del hospital, el profesional médico será el único responsable.

Por estos hechos, vale decir que en el nuevo Código Civil Brasileiro, la responsabilidad del médico se da como sigue:

El Título IX - "De la Responsabilidad Civil" - Capítulo I - "De la obligación de indemnizar" - artículo 927, el nuevo Código Civil (proyecto en la Câmara dos Deputados - 2000) dispone: "Artículo 927. Quién, en un acto ilícito (artículos 186 y 187), daña a otros, está obligado a repararlo. Párrafo único. No estarán obligados a reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos previstos por la ley, o cuando la actividad general desarrollada por el autor a entender, por su propia naturaleza, el riesgo para los crímenes de los demás." (Kfourri Neto, 2002, p. 201).

El eminente profesor Kfourri Neto (2002) advirtió que tal vez este párrafo único ha llevado a algunos intérpretes precipitados a concluir que la *responsabilidad civil del médico* se ajustaría en la línea de *ocupación de riesgos* y por lo tanto estarían sujetos a las normas de responsabilidad objetiva que no requiere la verificación de culpa, que en opinión del jurista, es un error lamentable.

La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a la responsabilidad subjetiva del médico que, a su vez, tiene la obligación de medios y no de resultado. No está

claro si el error de diagnóstico, si no grave o culposo, no caracteriza a los errores médicos ya que el cuerpo humano está lleno de misterios y es para el médico encontrar la mejor manera de tentar proporcionar al paciente si no la curación, la oportunidad de supervivencia.

La posibilidad perdida, además de ser serio y real, retira a la víctima la posibilidad de supervivencia o curación, pero no la oportunidad de una mejor situación económica.

Es importante conceptualizar que la “oportunidad” debe ser entendida como la probabilidad de un éxito favorable que, a su vez, difiere de la mera esperanza.