

UNIVERSIDAD
DE LA
REPUBLICA

ECOLOGIA DE LA SALUD

5° AÑO

ODONTOLOGIA LEGAL

Montevideo
1979

INTRODUCCION

No parece muy adecuado englobar los temas que se van a tratar en la expresión "Odontología legal" pues si nos atenemos a las definiciones tradicionales de medicina legal (la rama paralela a la que hoy nos ocupa y que en cierta forma la engloba) odontología legal sería "el arte de poner los conocimientos odontológicos al servicio de la autoridad pública" (adaptación de la definición que aporta Zamora de medicina legal). O "la aplicación de los conocimientos médicos a las cuestiones de procedimiento civil y criminal que puedan ser esclarecidos con ellos" (definición de Marc a la que también se adhiere Viebert).

De estas definiciones extraemos que odontología legal haría referencia a temas tales como: el odontólogo como perito (auxiliar o colaborador técnico del Juez que suministra a éste conocimientos que el no posee y son propios de la ciencia o técnica que domina) o como testigo (acá adquiere especial interés el problema del secreto profesional que no puede revelar el cual trataremos más adelante) o como funcionario (actúa como tal por ejemplo al expedir una certificación), también entrarían en la expresión odontología legal los aspectos referidos a la identificación en base a elementos odontológicos (en gral. temas de la bolilla N°8) etc.

Pero quedarían fuera otros elementos que además queremos tratar que son: especiales responsabilidades civiles y penales del profesional, el profesional como empleador en una relación laboral, el falso profesional, aspectos administrativos del ejercicio etc. (en gral. temas de la bolilla 7).

Todos estos temas parecen hacer más indicada una denominación que permita unir a los temas de estudio de odontología legal otros que escapan a su contenido estricto. Por eso hablaremos del "odontólogo y la ley" expresión más amplia y menos comprometida y haremos en la exposición diversos capítulos.

Responsabilidad es el estado del individuo por el cual este se encuentra sujeto a una sanción o a reparar los daños ocasionados cuando ha desarrollado un comportamiento ilícito. Es entonces una obligación de responder por perjuicios causados, de repararlos o si esto no es posible sufrir una sanción por ello.

Esta definición tan amplia incluye dos tipos básicos de responsabilidad: civil y penal. Desde luego que ambos tipos de responsabilidad se pueden acumular: con un solo hecho volverse responsable en las dos esferas. O sea la falta puede acarrear un perjuicio que por su naturaleza mueva a la Sociedad a sancionar al profesional: responsabilidad penal; o un perjuicio que lesione el interés privado: responsabilidad civil; o ambas cosas a la vez: acumulación de los dos tipos de responsabilidad. Veremos los casos de responsabilidad cuando hablemos de los delitos en que pueden incurrir los profesionales.

Se conoció en alguna época la posición de que el profesional (en aquel tiempo se hablaba de médicos y cirujanos) debía ser irresponsable por los errores que pudiera cometer de buena fe en su ejercicio. Es la posición sostenida en el año 1834 por la Academia de Medicina de Francia. Lo único que tenía de aceptable esta tesis era el argumento de que en muchos casos no se podía decidir si la conducta del profesional era adecuada o no por caer en el campo de las "dudas y discusiones de la ciencia".

Esta posición fue abandonada gracias en gran parte a un fiscal francés que estableció claramente que cosa muy diferente a estas discusiones es cuando aparece la negligencia, la ligereza o la ignorancia de cosas que el profesional debe saber y en todos estos casos existirá obviamente responsabilidad.

Estos tres elementos aún hoy sirven para ilustrar cuando existe culpa por parte del profesional. Podrá verse un resabio de esta posición en muchos fallos de nuestros tribunales que casi configuran una norma por la cual no se suele responsabilizar a los profesionales médicos por faltas leves. Claro que este criterio es relativo y para nada exime de ignorancias, errores científicos, negligencias, imprevisiones y faltas voluntarias. *También se ve en otros fallos x el caso...*

Básicamente la responsabilidad civil se diferencia de la penal en que:

- 1- En la primera se afecta a un individuo determinado, en la penal en cambio se afecta a la Sociedad en general.
- 2- En la civil se trata de reparar según la entidad del daño causado, en la penal lo que se busca es sancionar al infractor con una pena.
- 3- La civil se funda en el interés privado, la penal en el interés de la sociedad.
- 4- Debe existir para configurar la resp. penal la adecuación típica es decir que solo será delictiva aquella conducta que la ley penal expresamente describa como tal (no existe pena ni delito sin ley que lo establezca); en cambio para configurar la resp. civil basta con que exista un perjuicio.
- 5- Asimismo existen diferencias de capacidad para ser responsable civil o penalmente.

RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil puede ser entonces definida como "la obligación que surge de reparar los daños y perjuicios ocasionados por un comportamiento ilícito"; el responsable por su accionar ha asumido, aunque sea sin su voluntad, una obligación de la cual es deudor: la obligación de reparar. Pero a su vez esta responsabilidad civil admite dos subtipos según se origine en la violación de una obligación a la que se había comprometido voluntariamente el sujeto o en la violación de un deber genérico al que estaríamos sujetos todos los miembros de la comunidad que sería el deber de "no dañar".

Al primer subtipo, en que se viola un compromiso, una obligación nacida de un contrato se le llama responsabilidad civil contractual; al otro en que se ha producido un daño diferente del no cumplimiento de lo pactado se le llama resp. civil extracontractual.

Así por ejemplo si nos comprometemos a comprar una propiedad, en caso de no hacerlo caeremos en responsabilidad civil, en este caso contractual y deberemos indemnizar; como ejemplo de la extracontractual tenemos el caso de la responsabilidad de quien atropella a una persona con su automovil o más en nuestro terreno el que por negligencia o descuido derramare una sustancia corrosiva sobre un paciente o lo lesionara con algún instrumento.

La fuente de la responsabilidad civil extracontractual está dada por el art. 1319 de nuestro Código Civil ("todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo") y la de la responsabilidad civil contractual en el art. 1341 y subsiguientes del Código Civil.

Entre ambas responsabilidades hay diferencias (carga de la prueba a favor en la contractual; prescripción más corta en la

extracontractual etc, etc.). Pero no abundaremos en ellas por exceder el contenido de este tema.

Acercándonos un poco más a lo concreto veremos como dentro de nuestra actividad se pueden dar ambos tipos de responsabilidad civil: será la extracontractual cuando produzcamos un daño al paciente ajeno al objeto del contrato (de paso digamos que la actividad entre el odontólogo y su paciente está regida por un contrato del tipo "arrendamiento de servicios" si bien muchas veces no está establecido por escrito) o contractual si no cumplimos con aquello a que nos obligamos al ser contratado nuestro trabajo. ¿Y a qué se obliga el odontólogo cuando es contratado su servicio? ¿A curar o a realizar todo lo posible y adecuado para avanzar dicha curación? La diferencia es importante para determinar cuando hay incumplimiento, cuando hay responsabilidad; y nos lleva a distinguir entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Llamamos obligaciones de resultado a aquellas en que el sujeto se compromete a alcanzar determinado objetivo, determinado resultado y que sólo se entienden cumplidas cuando objetivamente esto se realiza, así por ejemplo una obligación emergente de un contrato de transporte (se cumple si llega la mercadería a destino, si no llega se incumple, interesa solo el resultado).

En cambio son de medio las obligaciones en que basta, para que se reputen cumplidas, con haber ejecutado con la mayor prudencia y diligencia posibles, los actos tendientes a cumplirlas. Esto es haber puesto de sí toda la habilidad, capacidad, voluntad, etc. etc. para alcanzar el resultado, indiferentemente de que esto se obtenga.

Parece indudable y así opina la mayoría de la doctrina, que las obligaciones que asume en sus contratos el médico, el odontólogo etc. respecto de su actividad es una obligación de medios. No se compromete a curar sino a poner todo de sí para hacerlo. Sólo se podrá considerar que ha incumplido si no ha puesto su máxima prudencia y diligencia y sólo entonces se le podrá considerar civilmente responsable en la esfera contractual y por tanto pasible de indemnizar.

En resumen, la responsabilidad civil extracontractual se satisface al no dañar; la contractual, en las obligaciones del ejercicio de esta profesión, poniendo la máxima prudencia y diligencia en intentar la cura.

Pero aún así, todo daño obliga a indemnizar? No, se deben reunir varios elementos para configurar la responsabilidad y por tanto para que exista obligación de indemnizar, ellos son: la culpa, un daño y un nexo entre ambos.

1º) La culpa es el fundamento de toda responsabilidad, en nuestro Derecho no hay responsabilidad sin culpa. Se ha definido culpa como un error en la conducta, como una conducta no adecuada, desviada, como una conducta en que ha faltado el debido cuidado

y diligencia. Para ello se compara la actuación del sujeto con la de un individuo hipotético que es el "buen padre de familia".

Desde luego que esta conducta desviada pudo haber sido intencional: se hablará de culpa delictual o dolosa; o no intencional y se hablará en este caso de imprudencia, negligencia o a veces de culpa a secas.

Si no hay culpa no habrá responsabilidad, para ello habrá que probar que se actuó como ese prototipo abstracto que es el buen padre de familia. En otras palabras no toda conducta dañosa es culposa. Por ejemplo no habrá culpa si un acontecimiento imprevisible o irresistible hace que se cause un daño, en otras palabras existe una fuerza mayor o un caso fortuito que habrían producido el mismo resultado aunque hubiera actuado cualquier otra persona cuidadosa en lugar del demandado. En lo que se refiere a la culpa profesional los principios son los mismos solamente que el tipo abstracto con el cual se compara al agente no será ya el genérico padre de familia sino el profesional medio, cuidadoso, prudente, capacitado.

Se debe tener en cuenta que también puede existir culpa por no actuar, por omisión, por abstención, en el caso de los profesionales médicos es posible y común que se de este supuesto.

2º) Nexo de causalidad. El segundo elemento que vamos a estudiar es el vínculo de causalidad o nexo; se trata de que sea en verdad la culpa del demandado la causa del daño, la relación causa-efecto entre culpa y daño.

Por este lado también se pueden producir situaciones en que el agente pueda librarse de la responsabilidad: puede demostrar que el hecho tuvo pluralidad de causas, que el perjuicio es indirecto (se produjo como último momento en toda una cadena de sucesos, no se podrá responsabilizar a quien dio origen a dicha cadena causal si el daño se produjo en forma mediata) y el caso interesante para determinadas profesiones de la culpa de la víctima.

Ustedes saben que se puede causar a veces un perjuicio por razón de una conducta del propio paciente que de ser imprevisible e irresistible exonerará al profesional (si no cumple estos requisitos se dividirá la responsabilidad y por tanto el pago de la indemnización).

3º) El daño es el tercer elemento. La responsabilidad civil es para reparar: poner a la víctima en iguales condiciones de las que estaba antes del accionar del agente, por lo tanto si no hay perjuicio no habrá nada que reparar, no habrá tampoco responsabilidad civil. Hay que tener en cuenta que para reparar se debe pagar no solamente por lo que se perdió efectivamente (daño emergente) sino también por lo que se hizo que se dejara de ganar (lucro cesante). Lo que reviste interés es analizar si todo daño es indemnizable o si solamente algunos le interesan al Derecho.

Primero que nada el perjuicio debe ser cierto (que no se du de su realidad) pero no importa que sea actual: un daño futuro de be ser reparado.

No obstante de todo lo referido al daño lo más interesante es la vieja discusión sobre si solamente es indemnizable el daño patrimonial esto es el que más o menos directamente se traduzca en una pérdida pecuniaria o si también es indemnizable lo que se ha dado en llamar un perjuicio moral, así por ejemplo un padecimiento físico o psicológico etc. Parecería dominante en nuestro me dio la concepción de que solamente es indemnizable el daño pecuniario, el patrimonial. Como se darán cuenta esta posición no parece la más justa dado que una persona puede sufrir lesiones graves, padecimientos considerables, disminuciones etc., pero si esto no afecta en forma alguna su esfera patrimonial (por ejemplo si está afiliado a una mutualista, y vive de rentas) no podrá aspirar a tener éxito en que se le indemnice por los padecimientos sufridos.

Acercándonos un poco más a lo concreto en este sentido tendríamos que concluir en que para la mayoría de nuestros magistrados el paciente que haya sufrido por ejemplo una lesión si es curado sin cargo por el profesional, no pierde días de trabajo, no le quedan secuelas que lo puedan perjudicar en su actividad etc. no tendrá derecho a exigir una indemnización.

Antes de abandonar el tema de la responsabilidad civil hay que llamar la atención sobre otros aspectos legales importantes: hay casos en que se puede ser responsable por la conducta no ya propia sino de terceros. En efecto el profesional que actúa como empresario, esto es tiene en su consultorio un empleado, será res ponsable de los actos de su dependiente. Se entiende que esta res ponsabilidad radicaría en un previa "culpa" del profesional: un error al elegir su personal o al vigilarlo. Y se lo responsabiliza para evitar que la víctima quede sin indemnización de ser insolvente el empleado.

El profesional será eximido si prueba que también en la vigilancia de su personal para la prevención del daño obró con la diligencia de un buen padre de familia (es decir del "standard de la cuidadosidad").

O sea que probando la culpa del dependiente, el daño, el vínculo, la relación de dependencia, automáticamente se responsabiliza al profesional y este solo se exonerará de la forma antedicha.

Claro que si el ayudante actuó sin orden ni conocimiento del profesional, éste podrá repetir contra él lo pagado.

RESPONSABILIDAD PENAL

En cuanto a la responsabilidad penal presenta diferencias que ya vimos respecto de la civil.

Se trata acá de sancionar las conductas humanas violatorias de la ley que produzcan un efecto dañoso sobre la sociedad. Teniendo en cuenta los caracteres propios de la responsabilidad penal que mencionáramos debemos prestar atención a aquel que decía que debía existir adecuación típica de la acción a la previsión de la norma. Queremos decir que para que exista responsabilidad penal la conducta del agente tiene que coincidir exactamente con la descripción de un delito hecha por la ley.

Veremos entonces la descripción de algunos delitos que pueden comprometer en forma más común al profesional. Incluso debemos tener en cuenta si queremos usar como algunos la expresión "delito profesional" que ésta sólo incluirá a aquellos delitos en que solamente puede ser sujeto activo un profesional; por ello es preferible la expresión "delitos que pueden comprometer la responsabilidad del profesional": de este modo podemos incluir delitos que pueden ser cometidos por cualquiera pero que es verosímil que en el ejercicio profesional también se pudiera incurrir en ellos.

Antes de entrar en la descripción de las distintas figuras delictivas aclaremos que el delito se puede cometer con distintos grados de culpabilidad, tal es lo que establece el art. 18 del Código Penal: "nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevee como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo..." Se considera que es intencional o doloso cuando el resultado se ajusta a la intención del agente y estas conductas siempre se castigan. Se considera ultraintencional cuando el resultado excede de la intención (siempre que el resultado haya podido ser previsto) y será culposo cuando de "la ejecución del hecho (en sí mismo jurídicamente indiferente) se deriva un resultado que pudiendo preverse no lo fue por imprudencia, impericia, negligencia o violación de las leyes o reglamentos". Estos dos últimos supuestos (ultraintención o culpa) no siempre son castigados.

Casos típicos de delitos dolosos en estas profesiones son por ejemplo la violación del secreto profesional, la experimentación sobre el enfermo sin que éste lo sepa causándole lesiones etc.

Y habrá también delitos profesionales culposos como por ejemplo cuando por impericia o negligencia al tratar un paciente se le causa enfermedad, lesiones o muerte.

I- Veremos que es posible en muchas oportunidades que la justicia requiera del profesional un informe o pericia sobre la ciencia que él domina (veremos ejemplos relativos a la odontología en el capítulo del odontólogo como auxiliar de la justicia). Pues bien si no comparece a dar su concurso a la justicia o

estando presente se rehusa a esa ayuda incurre en el delito del art.178 del Código Penal. Es interesante atenerse al texto de dicho art. pues surge que solamente sería penable el que no comparece invocando un falso pretexto y no los demás casos.

La pena para este delito es de tipo pecuniario.

II- Mucho más grave es el caso de que el perito realizara una falsa exposición (art.183 del C. Penal) pues la pena es en este caso de privación de libertad y puede pasar de los 10 años.

III- En algunos casos se puede imponer como pena de ciertos delitos inhabilitación para el ejercicio de profesiones académicas. Y el art.191 establece que la violación de esta prohibición constituye también un delito que se castiga con multa.

IV- Puede ser interesante también conocer que "el que preparare en forma peligrosa para la salud sustancias alimenticias o medicinales" incurra en el delito previsto por el art. 219 que tiene pena de privación de libertad (cosa similar pasa para el que venda sustancias que sean peligrosa o que estén adulteradas o envejecidas -art.220).

V- También es castigado con pena de privación de libertad "el particular que expidiere un certificado falso en los casos en que la ley le atribuye valor a dicha certificación" (art.241). Los profesionales médicos y similares se encuentran muchas veces en la situación de que "la ley le atribuya valor" a su certificación.

VI- El secreto profesional consiste en la obligación de guardar reserva de los hechos que se conocen en virtud del ejercicio profesional. El secreto en determinadas profesiones es de muy antigua data, así por ejemplo en el juramento hipocrático:..."Mi lengua callará los secretos que me sean contados...".

Hoy en día se ha ido restringiendo el ámbito del secreto y se admiten cada vez más las "justas causas" que permiten la manifestación de los hechos conocidos.

También varían las exigencias según los países, así en Francia es amplísimo el concepto de secreto y muy estricta la prohibición de develarlo (ni aún cuando son llamados a declarar como testigos). En el extremo opuesto está la legislación española donde no se reconoce el secreto profesional: su violación cuando más podrá ser una causal de responsabilidad civil.

En nuestro país en el Código Penal de 1889 no existía el delito de violación del secreto profesional. Actualmente el art.302 establece como delito castigado con pena de multa la revelación sin justa causa de los secretos que se hubieran conocido en virtud de la profesión, empleo o comisión. Se dice que existe secreto cuando se ha establecido un límite por parte de una voluntad

jurídicamente autónoma al conocimiento de un hecho; se destina a estar oculto para los que no han sido autorizados por su titular. Desde luego que el consentimiento del interesado legitima la revelación, también cuando existe justa causa (por ejemplo el médico que revela una enfermedad contagiosa).

Incluso hay casos en que es obligatorio denunciar cuando determinados profesionales conocen ciertos hechos delictuosos (así la falta del art.360, inc.10^a que curiosamente no incluye al odontólogo).

Hay que hacer notar que este delito solo es castigado "cuando el hecho causare perjuicio" sino si bien la conductas sería reprobable no se aplica el castigo.

Claro que en este caso la doctrina entiende que también se acepta el perjuicio exclusivamente moral.

Es en beneficio de este secreto profesional que el Código de Instrucción Criminal exime de declarar en caso de la averiguación de un delito a los abogados y médicos respecto de hechos relacionados con sus servicios profesionales (art.227); nos preguntamos hasta donde la expresión médicos podría incluir el odontólogo.

Desde luego que el secreto profesional no ampara a las constataciones que sean realizadas en calidad de perito, por el contrario allí existe la obligación de manifestar todo lo comprobado.

VII- Otro gran rubro de posibles conductas delictuosas son todo el conjunto de las lesiones. Evidentemente caso no interesa la rara situación en que la lesión puede ser intencional. Interesan especialmente acá los casos de lesiones culposas, por que en las lesiones, al igual que en el homicidio, se castiga (además del hecho intencional) el producido por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos (esto es:culposo).

Recuerdan que cuando empezamos a hablar de responsabilidad penal dijimos que algunos delitos no solo se castigaban en forma dolosa sino también en forma culposa o ultraintencional: en este caso están las lesiones y el homicidio.

Se dice que existe lesión cuando se causa a una persona cualquier trastorno fisiológico del cual derive una enfermedad (en sentido latísimo) del cuerpo o de la mente.

En algún caso se dice que la lesión es grave (habrá mayor pena) y es cuando en virtud de ella se crea una enfermedad que haga peligrar la vida o una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por más de veinte días o la debilitación permanente de un sentido u órgano o la anticipación del parto de la agredida.

De más entidad aún es el caso de las lesiones gravísimas: se hace perder un sentido o un miembro o un órgano, se deforma el rostro o grave y permanente dificultad de palabra etc. etc. (arts. 316 al 318 del Código Penal).

El art. 321 establece que la lesión culpable (ya vimos el concepto) se castigará con de un tercio a la mitad de la pena de la lesión dolosa.

Del punto de vista del profesional es interesante tener en cuenta, entonces, que por impericia o negligencia se puede cometer este delito, también tengan en cuenta, en caso de una eventual intervención como peritos, la importancia de los veinte días (determina si esa lesión que estudian incapacitará por más de 20 días).

Y desde luego que si la lesión es consensual (por ejemplo una extracción) no existe tal delito en gral., tal es lo que prevé el art. 44.

VIII- En el art. 332 inciso 2º se habla del delito de omisión de asistencia se refiere a los casos en que corre peligro la vida o la integridad física y por negligencia no se asiste (establece pena de privación de libertad para el que por "negligencia, dejare de dar asistencia, dando cuenta a la autoridad, a un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o integridad física"). Respecto del odontólogo es raro que se pueda configurar dicha hipótesis, más común es en el caso del médico.

En caso de que se diera este delito (así como alguno de los anteriores) muy probablemente irá acompañado de responsabilidad civil. Fuera de la hipótesis de este delito, en los demás casos - que son la mayoría - el profesional no estará obligado desde el punto de vista legal a aceptar un paciente. Si parece obligatorio, y su omisión acarrearía responsabilidad, el continuar una asistencia ya iniciada (pero no sería resp. penal sino civil)

EL ODONTOLOGO COMO COLABORADOR DE LA JUSTICIA

También puede relacionarse el odontólogo con la justicia en esta forma: como un auxiliar de ella.

Es el caso del odontólogo que es llamado como perito por los Tribunales.

En concepto de perito y sus responsabilidades (su informe falso es delito) ya fue visto. Pero ¿qué conocimiento "propio de la ciencia que domina" el odontólogo puede éste aportar al Juez? Dependerá de cada ocasión pero podrá por ejemplo, opinar sobre la existencia de una lesión en el ámbito de su especialidad y su naturaleza o sobre el costo que tendrá cierta cura o reparación a los efectos de establecer una indemnización para la víctima de un

accidente. También para determinar el tiempo de incapacidad que para determinados trabajos puede ocasionar una lesión (recuerden que según pasara o no los 20 días existirán grandes diferencias de gravedad). Piensen que según el art.317 del CP sería por ejemplo lesión grave para un artista o cantante la sufrida en su dentadura siempre que le cree una incapacidad por mas de 20 días (y esto lo determina el perito odontólogo).

También podrá realizar peritajes para establecer por ejemplo una identificación de un cadáver en condiciones de irreconocibilidad en base a aspectos conocidos de su dentadura, a reparaciones etc. los casos son raros pero existen.

Más común es lograr el establecimiento de la edad aproximada de una persona según la existencia de ciertas piezas, por ejemplo de leche, permanentes, segundo y tercer molar, claro que es todo muy relativo y sirven en gral. solamente combinado con otros datos. También el desgaste de los dientes puede ayudar a determinar la edad, también residuos, coloraciones, roturas, pueden, en algunos casos, revestir utilidad, por ejemplo se habla de que los obreros del plomo tendrían determinadas características en la coloración de su dentadura etc. etc.

El peritaje no obliga al Juez pero lo ilustra y suele ser de considerable fuerza de convencimiento y prueba, más que la de testigos.

Se parte de su imparcialidad y de lo especializado de sus conocimientos.

Podría incluirse acá otra actividad del odontólogo que se asimila en muchos aspectos a una función pública. Esto es la creación de documentos que atesten un hecho a pedido de parte con un fin probatorio: los certificados.

La ley le da validez especial a estos certificados y se asimilan a los expedidos por funcionarios públicos. Por eso la certificación falsa es penada como ya vimos anteriormente (art.241 del C.Penal).

ASPECTOS REGLAMENTARIOS DEL EJERCICIO

En este subtema pensamos tratar aspectos reglamentarios y administrativos del ejercicio profesional.

Primeramente debemos estudiar los diversos sistemas respecto al acceso a la habilitación profesional. En Derecho comparado se conocen tres grandes tipos de sistemas:

1) régimen de libertad absoluta donde ejerce la profesión todo aquel que lo desea y se considera apto. Evidentemente se trata de sistemas muy primitivos y las críticas son obvias. Este sistema también rigió por un tiempo (hasta su pronto fracaso)

durante la Revolución Francesa.

2) Régimen de absoluta reglamentación. Hace falta un título habilitante que es expedido por un organismo estatal. Es el caso de países como el nuestro en que solamente la Facultad oficial habilita para el ejercicio.

3) Existen también sistemas intermedios en los que si bien se requiere título éste puede ser obtenido en dependencias no estatales, por ejemplo en Universidades privadas que es el caso de los Estados Unidos.

En nuestro país hay leyes de 1885, 1889 etc. que establecen que el título debe ser dado por las Facultades y que con respecto a la de "Medicina y ramas anexas" se decía expresamente que el curso se debía hacer en forma reglamentada.

También hay aspectos reglamentarios impuestos por el Ministerio de Salud Pública y la ley orgánica de dicho Ministerio que data de 1934. Se establecen por ejemplo medidas de policía de las profesiones, (esto es de control de su ejercicio), registro de títulos de los odontólogos, medidas de mantenimiento de la higiene, etc. Existen también en él comisiones que hacen de Tribunal disciplinario, de oficina reguladora de honorarios, fiscalización de las especialidades etc, etc.

Es mucha la legislación de estos aspectos administrativos y muy de detalle por lo que se verá en cada caso concreto.

La mención de la posibilidad de regulación de honorarios nos lleva al tema del precio en el contrato de arrendamiento de servicios entre odontólogo y paciente: los honorarios.

La norma gral. del Derecho, y por lo tanto lo común, es el acuerdo de las partes en su fijación: existirá una oferta por parte de una de las partes que la otra aceptará o no. Este acuerdo podrá ser posterior o anterior a la asistencia.

A falta de este acuerdo (se hizo ya el trabajo y al momento del cobro no es aceptado el precio por el paciente) no habrá más remedio que acudir a la vía judicial. Existe la posibilidad de que el Juez asesorado al respecto y con la intervención de organismos de la órbita del MSP (Comisión Honoraria de la Salud Pública) fije los honorarios protestados.

En general los criterios que se tienen en cuenta para la fijación de estos honorarios son la posición económica del paciente, los servicios prestados y también hay quien opina que también es importante la jerarquía o posición profesional del odontólogo. Desde luego que los honorarios establecidos por vía judicial abren la puerta de un procedimiento muy rápido de ejecución de sentencia para el cobro compulsivo.

La Caja de Profesionales

Dentro del amplio panorama de las instituciones que en nuestro país realizan el fin estatal de la previsión social, se encuentra una que incluye a los profesionales universitarios, se trata de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios que acoge entre otros a los odontólogos.

Su ley orgánica es la 12.997 que establece la organización de dicha caja y los principales derechos y obligaciones de los profesionales respecto de ella.

La primera obligación es una vez recibido, concurrir a la Caja con el título debidamente inscripto en el Ministerio de Salud Pública. Es ese momento si el profesional va a iniciar su ejercicio debe afiliarse quedando así dentro del régimen de amparo. Si la afiliación se realiza dentro de los primeros noventa días de obtenido el título tendrá derecho a lo que se llama "régimen presuntivo" por el cual se exime al profesional de probar el efectivo ejercicio de su profesión (al querer por ejemplo jubilarse no requerirá testigos ni prueba).

En caso de no realizar ejercicio libre también deberá formular una declaración en tal sentido ante la Caja y entonces no se le crearán obligaciones frente al instituto pero tampoco se amparará con sus beneficios.

La segunda obligación es abonar los aportes mensuales de acuerdo a la categoría correspondiente. Según los años de ejercicio se va escalando hacia categorías superiores (del 1 al 10) cada una de las cuales tendrá un aporte y beneficios diferentes.

En cuanto a los beneficios que otorga la Caja están:

I) La jubilación, al alcanzarse determinada edad o incapacitarse física o mentalmente. El jubilado tendrá un beneficio de retiro, compensaciones de fin de año especiales etc.

II) Subsidio por enfermedades o accidentes.

III) Pensión en caso de fallecimiento a sus causahabientes y subsidio por fallecimiento etc.

También digamos como dato importante que la Caja está dirigida y administrada por profesionales universitarios elegidos en su mayoría por los afiliados (5) y otros designados por el Poder Ejecutivo (2).

La ley de creación de la Caja prevee que el profesional para poder percibir sueldos u honorarios en otras empresas, dependencias, etc donde trabaje deberá tener el certificado de que está al día con la Caja.

EL FALSO PROFESIONAL

En su ejercicio el Odontólogo puede encontrarse con alguien que ejerce su misma ciencia sin estar habilitado para ello.

¿En qué condiciones se encuentra el ilegal?

Se discutió mucho especialmente respecto del caso de la medicina si el ejercicio ilegal debía ser tipificado como un delito o como una falta (menor gravedad) o como una contravención administrativa. Se resolvió que es un delito cuya denominación correcta es la de "usurpación de títulos" (art.167 del C. Penal del 34) antes se hablaba de "ejercicio ilegal".

El texto actual pena al que "se abrogare (sic) títulos académicos o ejerciere profesiones para cuyo desempeño se requiere una habilitación especial...". Pero a la vez la ley orgánica de Salud Pública aporta la descripción de un ilícito que sería el ejercicio ilegal de la medicina en el que caería "quien careciendo de título legalmente expedido por la Universidad, se dedicare al tratamiento de las enfermedades ejerciendo actos reservados a las personas habilitadas especialmente para ello". La descripción es amplia, incluye también a los odontólogos. La jurisdicción administrativa impone multas pero si le parece que es un delito lo pasa a la Justicia. Volviendo al delito del art 167 digamos que no interesa para configurar el delito si hay o no afán de lucro, pues igual es delito. Desde luego que no lo cometen practicantes, enfermeros, asistentes, actuando según sus respectivas reglamentaciones, ni la persona que actúa de buena fe en una emergencia.

La descripción legal en este delito es muy defectuosa pues también omite decir "sin autorización legal" o "en forma indebida": tal como está redactado, pena también a los nos arrogamos títulos que en verdad tenemos (!) y ejercemos profesiones para las que estamos habilitados.

El ilegal además de todo lo dicho puede también estar incurso en otros delitos.

Por ejemplo podrá muchas veces haber incurrido en falsificación documentaria (más exactamente de certificado público) si es que se "hace" un título para lucir en su escritorio (o "retoca" la fotocopia del de un amigo para encuadrarlo con su nombre).

Muchas veces cae también en estafa que se configura cuando con "estratagemas o engaños artificiosos, indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro..." (art.347).

EL ODONTOLOGO COMO EMPLEADOR

Este tema se refiere a algunos aspectos de la legislación laboral que puedan interesar al profesional que tenga empleados en su consultorio.

La legislación laboral es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre el empleador y sus trabajadores en ocasión del trabajo dependiente. Estas normas buscan lograr una armonización de los intereses de ambas partes y también el interés gral. de la sociedad.

La legislación laboral tiene algunos principios que son propios y diferentes de los de otras ramas del Derecho. Así, por ej., existe un principio de protección hacia el trabajador (Las partes no están como en los otros casos, en exacta posición sino que la ley ve con más favor al obrero y, en la duda, decide en su favor). También en favor del trabajador se establece otra diferencia con el Derecho común: la irrenunciabilidad por parte del trabajador de sus derechos (Lo que la ley asigna al trabajador este no puede renunciarlo). Tampoco se puede respecto del contrato de trabajo ir a una ruptura unilateral por parte del patrón (despido) (si lo hace sin causa deberá indemnizar).

Es interesante observar que también se da una muy especial intervención del Estado: controlando; vigilando, protegiendo (en nuestro medio opera la Inspección Gral del Trabajo dependiente del Ministerio, entre muchos otros organismos).

Habiendo mencionado la expresión "contrato de trabajo" hay que aclarar que éste no tiene porque constar por escrito y que incluso, por proteger al trabajador, la ley decide que existe contrato de trabajo aunque exista un documento en que las partes hayan establecido algo diferente (Por ej se simula un contrato de sociedad para que el trabajador no se beneficie con la legislación laboral; el juez puede decidir que esto es falso y que lo que en realidad existe es un contrato de trabajo).

LLendo ahora a lo que más nos interesa: ¿Qué obligaciones surgen para las partes a raíz del contrato de trabajo?

Veamos primero las que asume el profesional-empleador:

a) Primeramente deber de remunerar. Esto incluye el salario cuyo monto hoy en día surge - al menos en cuanto a su mínimo- de disposiciones administrativas. La ley establece que debe ser pagado antes de que venzan los 10 primeros días del mes siguiente a la realización del trabajo. Otra remuneración que se debe pagar es el sueldo anual complementario, llamado aguinaldo, que tiene un monto equivalente a un doceavo de lo percibido por el trabajador durante el año (se cuenta de noviembre a noviembre). Lo común era que se obligara a pagar antes del 24 de diciembre de cada año,

actualmente se suele fraccionar en 2 cuotas. También integra el aspecto de remuneración el llamado salario vacacional que se paga antes que el empleado tome la licencia anual y que tiene un monto del 45% del salario de licencia.

Pueden existir otras retribuciones: horas extras; premios, feriados trabajados, etc.

b) Otro deber es el de dar ocupación efectiva al empleado. Aunque a primera vista parezca curioso, la jurisprudencia entiende que no alcanza con pagarle al obrero pues si se le tiene parado durante todo el día todas las jornadas, en el fondo se le está haciendo un mal espiritual y psicológico al trabajador.

c) El empleador debe respetar las limitaciones legales al tiempo de trabajo. Así, no podrá obligar a trabajar a su dependiente, en general, más de 8 horas diarias (para casos especiales caben las horas extras pagas también especialmente). Deberá otorgarle su descanso semanal (según las actividades 1 día, o uno y medio, o 2, en la nuestra me inclino a opinar que el descanso semanal mínimo debe ser de un día y medio). Y también existe un descanso anual: la licencia anual a que el empleado tiene derecho, y que es paga. Ella es de 20 días que deben ser efectivamente gozados y no compensados en dinero. Luego de los 5 años de trabajo el trabajador tiene derecho a un día más de licencia por año (a partir de ese momento se adicionará un día más cada 4 años).

Período especial de inactividad paga tienen las trabajadoras embarazadas: gozarán de 6 semanas de licencia antes y del parto y 6 después (luego se le deberán consentir horarios especiales que hagan posible la lactancia).

d) También se dice que el empleador tiene un deber de previsión respecto de las personas y bienes de sus empleados. Deberá tomar precauciones frente a accidentes, aportar un lugar de trabajo adecuado y saludable, etc.

e) También está obligado a llevar una serie de documentos laborales. Quizá el principal es la planilla de trabajo que es obligatoria y cuya falta acarrea multas y sanciones. Dicha planilla la expide la Inspección de Trabajo y debe ser mantenida al día (con nombre de empleados; horarios; sueldos, etc etc). En nuestro caso hay disposiciones especiales que establecen que dicha planilla sea controlada por el MSP (si trabajan "técnicos sanitarios" -la expresión de la ley no es muy clara pero entiendo que incluye a los auxiliares del Odontólogo, al menos a los titulados en la Escuela Universitaria-).

También establece la planillación por separado (independientemente de los demás) de los empleados con esa calidad de técnicos sanitarios.

Otro documento obligatorio es la constancia de actividad: pequeño documento, muchas veces con forma de carné, que el empleador está obligado a dar a cada uno de sus trabajadores. El empleador es responsable de que el dependiente tenga siempre esta constancia consigo y será sancionado en caso de que la inspección encuentre trabajadores sin constancia.

f) Debe inscribir a sus empleados en el Banco de Previsión Social y realizar mensualmente los aportes correspondientes. Tendrá en su consultorio la correspondiente documentación probatoria expedida por dicho organismo a los efectos de evitar sanciones.

g) También debe indemnizar a sus empleados por los accidentes que sufran en ejercicio de su trabajo, se establece en este sentido una responsabilidad del patrón de la que en raros casos podrá desligarse (es más estricto que el régimen común de responsabilidad que ya conocemos). Hoy en día, no obstante, esta indemnización no representa un desembolso para el empleador pues este cumple con haber obtenido para sus empleados un seguro de accidentes de trabajo en el Banco de Seguros. O sea, lo que debe hacer es asegurarlos y pagar la prima del seguro. En caso de producirse el accidente el Banco se hará cargo de la indemnización (cura; gastos, salarios, perdidos, etc.

h) Debe realizar aportes a Asignaciones Familiares. Esta es otra obligación que, de omitirse, acarrea multas, recargos de gran envergadura.

i) Y también está obligado a no romper unilateralmente la relación laboral sin justa causa. Esto quiere decir que no puede despedir sino existen razones justas (que en nuestro Derecho se denominan con la expresión de: "mala conducta"). Si lo hace sin mediar la mala conducta deberá pagar una indemnización cuyo monto es de tantos salarios mensuales como años (o fracciones) haya trabajado (así, si trabajó desde un día a un año cobra un mes, si pasó el año cobra 2 meses etc). Existe un tope el máximo son 6 meses de indemnización. Incluso si el despido es muy abusivo algunos jueces agregan a esto una condena de daños y perjuicios contra el patrón.

Todo esto para el caso de relaciones laborales sin plazo de finalización (no se aplica todo esto si se contrató al obrero por determinado plazo y se le deja cesante al expirar).

Todo esto es lo principal en cuanto a obligaciones del Profesional empleador. Ahora veremos que puede exigir este de sus auxiliares:

a) Primeramente que cumplan su tarea en la forma convenida, con puntualidad y eficacia. Que no retarden ni obstruyan la actividad. Que tengan el mínimo de aptitudes y conocimientos necesarios para el trabajo que son llamados a realizar.

b) La tarea la deben cumplir en forma personal, el contrato de trabajo es hecho en atención al obrero contratado por lo que es te no lo puede transferir, ni aún delegar temporariamente su tarea.

c) Tiene también un deber de lealtad hacia su empleador. Esto se refiere a no defraudar la confianza puesta en él (apreciarán que en el caso del auxiliar de un Odontólogo este deber adquiere mayor trascendencia que cuando se trata de otros obreros). Incluye no revelar secretos de su empleador ni de sus pacientes, ni de la forma de trabajo; no hacer competencia con su empleador (ni que el auxiliar se ofrezca particularmente, para hacer los trabajos a su alcance, a espaldas de su patrón, ni -mucho menos- que recomiende a otro profesional) que no critique al profesional con que trabaja; no obtener remuneraciones indebidas de terceros (por ej de los pacientes) (propinas para conseguir hora antes, etc); etc.

d) También tiene el deber de acatar el ejercicio que haga el patrón de su poder disciplinario. Todo empleador tiene facultad de establecer normas de trabajo y también sanciones para las faltas intencionales cometidas en el cumplimiento de la tarea. Esto es el poder disciplinario que corresponde al patrón dentro de los límites que establece la ley. (El ejercicio no puede ser arbitrario sino que muchas normas y principios lo limitan y encauzan). Entre las sanciones que el patrón puede establecer están las amonestaciones, suspensiones (con determinados máximos) y, en casos graves, también el despido estará justificado.

Impreso por la División
Publicaciones y Ediciones
Universidad de la República

Depósito Legal N° 143.493
Setiembre 1979