APOSTILLAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS

ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ *

I. INTRODUCCIÓN

Me propongo exponer algunas reflexiones sobre el tema de la responsabilidad civil de los médicos, que es de inquietante actualidad. De pocos años a esta parte ha surgido una peligrosa interpretación de las normas jurídicas que rigen el tema y que con el inocultable fin de asegurar indemnizaciones a personas asistidas médicamente que no han obtenido resultados esperados, no se ha vacilado en responsabilizar a los médicos en numerosos casos que a mi juicio no justificaban las sentencias condenatorias.

Ante todo es sumamente significativo que, sin haberse producido modificaciones sobre la materia en la legislación civil sustantiva, es decir en el régimen normativo aplicable, —lo que durante muchas decenas de años no dio pie a los verdaderos abusos que hoy se advierten— y estemos ante esta realidad. Pienso que sobre ello hay una explicación y es el desarrollo en un sector de la doctrina civil, que en el afán de asegurar el resarcimiento a víctimas de hechos ilícitos tiende a dar por probada la culpa del autor del daño, apartándose de la tradicional teoría y esquemas de la responsabilidad civil, para acentuar la necesidad de resarcir los perjuicios. Tan es así que aún

* Profesor Titular Consejo de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires.

empleando la centenaria terminología (*responsabilidad civil*) parece que en esa corriente se prefiere mencionar el derecho de daños como si la necesidad de culpa, insita como presupuesto ineludible de responsabilidad, fuera un elemento poco menos que prescindible.

Verdad es que el moderno derecho civil y aún el clásico admite casos de responsabilidad sin culpa en aras de los fueros de la justicia. Tales son la responsabilidad por daños causados por cosas peligrosas (por ejemplo la explosión de una caldera, la rotura de la dirección de un automotor que ocasiona un accidente) claramente admitida por el art. 1113 del Código Civil en su texto reformado en 1968 por la ley 17.711; también la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente que es inexcusable pues aunque aquel demuestre su cuidado al elegirlo y vigilarlo, se le impone la responsabilidad por los hechos culposos y aún a veces dolosos, como una suerte de garantía del desempeño de los subordinados.

Pero de manera alguna la responsabilidad objetiva es decir sin culpa, puede ser de aplicación en el caso de la actuación de los médicos y nadie ha pretendido que pudiera serlo, aunque de hecho hay pronunciamientos judiciales que parecieran inspirarse en dicho tipo de responsabilidad.

En consecuencia, menester es tener en cuenta que de acuerdo al esquema indiscutido del régimen civil de responsabilidad, para imputar las consecuencias de un hecho no debe eludirse con artificios inadecuados la prueba de la culpa de quien es demandado como autor imputable del daño, siempre que se trate de actos ilícitos por responsabilidad extracontractual, como tratándose de obligaciones que han surgido por acuerdo o contrato de las partes, cuando se trate de las llamadas obligaciones de medio.

II. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO.

Esto nos lleva de la mano a considerar la diferencia entre las obligaciones de medio y las de resultado. Se trata de una

distinción que se ha introducido en la doctrina y jurisprudencia argentina desde 1958, en que en un trabajo que entonces publiqué en la *Revista La Ley*¹, desarrollé por primera vez entre nosotros este tema y del que hasta entonces sólo existían muy pocas referencias accidentales. Allí recordaba que tal distinción era ya entonces corriente en la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana, señalando que como toda técnica nueva, había encontrado resistencia, lo que nos llevaba a preguntar si la misma responde o no a una verdadera necesidad del derecho civil y al respecto evoqué el elogio que Ihering hizo del arte de los juriconsultos romanos en el uso de lo que él llamaba la ley de la economía jurídica, principio según el cual la jurisprudencia no debe crear medios y principios nuevos para producir lo que puede realizarse mediante el auxilio de otros que ya posee, pero destacando al mismo tiempo que «jamás rechazaban desdenosamente una nueva tendencia de la vida, bajo el pretexto de que no se conciliara con la teoría. Consideraban como parte esencial de su misión, buscar los medios de realizar esas tendencias, de abrir al comercio jurídico las vías a las que quería entrar»². Ciertamente pocas veces quizá, se haya expresado con tanto acierto un concepto tan adecuado acerca del exacto criterio de aceptación o rechazo de las nuevas fórmulas en el derecho.

Nada tan difícil como innovar desde el punto de vista conceptual o institucional en el orden normativo del derecho privado. Quizá porque enraizado en inmutables bases inherentes a la condición humana, mantiene las líneas generales de su arquitectura a través de las circunstancias cambiantes de los tiempos, admitiendo el progreso, sin mudanza esencial de aquéllas. Y basta, como prueba, recordar que algunas concepciones que en determinado momento parecían recibir estruendoso auspicio, pronto han caído en el olvido, como ocurriera, por citar un caso, con la teoría de la institución.

¹ Martínez Ruiz, Roberto, *La Ley*, T. 96, pág. 756.

² Von Ihering, Rodolfo, *El espíritu del derecho romano* trad. de E. Prieto y Soteras, Madrid, T. IV, pág. 263, N° 66.

Pero la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, constituye una técnica que, por su mayor modestia y menores pretensiones, pese a su innegable utilidad, no está expuesta a padecer tales riesgos.

Debemos a René Demogue, el eminente profesor de la Universidad de París, que legara en su *«Traité des obligations en général»*, para los estudiosos del derecho civil, uno de los aportes más completos y profundos en la materia, la formulación de la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, y es interesante destacar que no lo hizo dentro de la generalización del tratado, sino al desarrollar su argumentación sobre el punto de vista que sostiene en la debatida cuestión de si la responsabilidad de fuente contractual es la misma o diferente de la extracontractual, problema al que acuerda la debida dimensión.²

En efecto el tema de la identidad o diferencia de las dos responsabilidades tiene en la obra de Demogue un desarrollo magistral orientado por un razonamiento de comprobación y comparación y exclusión de la vía deductiva, pues dice: «Se trata de saber si las reglas adoptadas por la ley o admitidas en la práctica en los dos casos, inexecución de un contrato o comisión de un delito, son diferentes o idénticas, y si podemos construir dos nociones distintas o una sola». Y apartándose de la que era solución tradicional de los maestros de la escuela de la exégesis, como Aubry y Rau, Laurent, etc. sigue la concepción entonces moderna, aunque no pacíficamente aceptada, uno de cuyos más elocuentes expositores fue Planiol, en una muy recordada nota publicada ya en 1896.

Para llegar a dicha conclusión, rebate, por considerar que no son tales, las diferencias que han señalado los doctrinarios que sostienen la distinción de ambos tipos de responsabilidad y al razonar en el sentido de que no es exacto rijan distintos principios de carga de la prueba en una y otra, es que expone la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado.

² Demogue, René, *Traité des obligations en général*, París, 1928, T.V, pág. 254, Nº 1230.

La doctrina tradicional, afirmaba a este respecto, que en la responsabilidad extracontractual el demandante debe probar la culpa del adversario; en la de fuente contractual, la culpa se presume, o desde otro punto de vista, hasta que el demandado pruebe el caso fortuito o la fuerza mayor, la responsabilidad resulta de la mera inexecución de la obligación. Demogue afirma, por el contrario, con enfática decisión: «creemos que el sistema de prueba es el mismo en el caso de falta delictual o contractual». Y para sostenerlo, es que se refiere a la distinción que motivó mi trabajo: «La obligación que puede pesar sobre un deudor no es siempre de la misma naturaleza. Puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio».

III. EL CASO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS.

Refiriéndome acá a la naturaleza jurídica de la atención que el médico presta al enfermo se distingue según que pueda haber mediado un acuerdo entre el paciente, o quien lo representa u obra en su nombre, y el profesional, cosa corriente, en cuyo caso estamos frente a una obligación de fuente contractual o excepcionalmente podría faltar dicha relación en casos por ejemplo de atención de emergencias, en que incluso el enfermo o accidentado no ha podido elegir el médico. En estos últimos estaríamos en el terreno de la eventual responsabilidad extracontractual que tiene dos efectos importantes: por un lado, si el enfermo pretende responsabilizar al médico por mala atención debe probar la culpa de éste, y en segundo lugar, la prescripción de la acción sería de dos años (hasta 1968 fue de solo un año según el art 4037 del Código Civil, modificado por la ley 17.711 por el plazo actual de dos años).

Pero si el enfermo o quien lo representa ha requerido por su voluntad la atención del médico o éste ha actuado por designación de una obra social o entidades de prestación médica se considera unánimemente que ha mediado un acuerdo de voluntades que somete la relación a las normas del régimen contractual. Y aquí es donde se impone por razones de lógica y

justicia recurrir a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado en el caso de las responsabilidades médicas.

La cuestión estriba en algo fundamental, como es determinar el régimen de la carga de la prueba para el caso de incumplimiento de la obligación contractual asumida por quien debe prestar el servicio, entregar una obra, restituir un préstamo, pagar una suma de dinero por la ocupación de un inmueble alquilado, etc. En todos estos casos el acreedor del servicio, o de una obra, locador de un inmueble, etc., no tiene que probar la culpa del deudor de la obligación, le basta probar que el deudor se comprometió a devolver la suma facilitada en préstamo o realizar la obra, y no cumplió. Es que se trata de supuestos en que se ha prometido un resultado.

No ocurre lo mismo tratándose de las llamadas obligaciones de medio, en las que quien asumió el compromiso pertinente, no ha asegurado un resultado, sino simplemente poner de su parte los medios exigibles, según la naturaleza del caso, para obtener determinado fin. Precisamente el paradigma de este tipo de obligación es la que al atender al paciente, asume el médico, que si asegurara el resultado de un determinado tratamiento incurriría en una transgresión a normas elementales de ética, también a la ley que rige el ejercicio de la medicina en la Capital Federal (n° 17132 art. 30 inc. 4 y leyes similares en las Provincias) e incluso podría configurarse el delito del art. 208 del Código Penal, llamado de charlatanismo.

Cabe entonces preguntarse, cuáles son los medios que el médico debe poner de su parte para llegar a que el paciente recupere su salud. Razonablemente sólo es posible exigir la aplicación de los conocimientos que la ciencia considera adecuados según el normal nivel de preparación exigible a los profesionales. Es decir, ni la profundidad de los que han llegado a un grado de sabiduría excepcional, pero también en el otro extremo, sin incurrir en gruesos errores inadmisibles para el común de quienes están dedicados al servicio de salud.

Es que, sin duda, la medicina no es ni como ciencia ni como arte, una disciplina del tipo de las ciencias exactas. Pueden existir errores en un diagnóstico en los casos que se presentan

como posibles y opinables interpretaciones de un complicado cuadro clínico. Ello jamás podría autorizar una imputación de responsabilidad; además se trata de un concepto admitido de manera tan general, que los anales de fallos judiciales no registran prácticamente casos de responsabilidad por errores clínicos. Sólo recuerdo un caso en que medió una condena de este tipo. Se trataba de un joven que aspiraba a un empleo que se le había ofrecido en una empresa, que antes de incorporarlo lo envió a un Centro Médico para un rutinario examen de salud. Allí juzgaron que padecía una dolencia que no hacía aconsejable emplearlo y el muchacho perdió su oportunidad. Poco tiempo después una revisión en otro centro médico determinó que no había tal dolencia, lo que motivó el reclamo de daños y perjuicios del que perdió la posibilidad de conseguir una ocupación, juicio que prosperó bien que por una suma muy reducida, y cabe señalar que fue condenado el Instituto donde se le hizo el primer examen, pues ningún médico fue demandado.⁴

Pero donde se presentan casi todos los casos de responsabilidad médica, es en el supuesto de actividades quirúrgicas.

Allí es donde se advierte por un lado el error de creer que poco menos que toda operación debe tener un resultado feliz, sin advertir que existe un margen bastante amplio de riesgos quirúrgicos que escapan al normal posible control del médico o anestesiista que interviene. Por ello sin perjuicio de reconocer que se han dado lamentables casos de daños causados por falta de la debida prudencia de los profesionales, se advierte una peligrosa tendencia a admitirse en las sentencias judiciales presunciones de que determinadas secuelas de daños, no se podrían haber producido si no fuera por negligencia o impericia médica. En tal sentido cabe insistir en que los jueces deben apreciar con prudencia la prueba producida para no llegar a resultados injustos y sobre todo, no apartarse de la correcta interpretación jurídica que corresponde al tema de la natura-

⁴ Fallo de la Cam. Civ. de la Cap. Fed., sala G, in re *Almonacid, Miguel R. c/ Debara S.R.L. Centro Médico*, E.D. T. 99, pág. 314.

leza de la obligación que el médico asume con motivo de su actuación profesional, que como he dicho, es una obligación de medios, de lo que se infiere que la culpa del profesional debe probarse y la prueba debe aportarla quien pretende imputar negligencia al demandado.

IV. El riesgo quirúrgico.

El tema del riesgo quirúrgico no se valora a veces con su debido significado. Durante las operaciones, especialmente las que producen inevitablemente gran efusión de sangre, líquidos miócticos u otros, el quirófano presenta un cuadro muy distinto del cómodo y tranquilo gabinete del jurista o el despacho del juez en que se desarrollan razonamientos que muchas veces están reñidos con la realidad de los hechos.

Me tocó como abogado defender a un distinguido médico que fue demandado por una paciente que alegó el olvido de una gasa con motivo de una operación cesárea que algo después le provocó molestias. Alegué en ese caso que puede producirse ese riesgo quirúrgico por la forma en que se desarrolla la intervención y la posible mimetización de la gasa impregnada de sangre. El asunto provocó la preocupación del Juez en lo Penal que intervenía en la querrela que dedujo la demandante, paralelamente al juicio civil donde yo actuaba. Dicho juez, a solicitud de mi cliente, fue al Hospital Escuela de nuestra Universidad, a presenciar una operación cesárea y pudo verificar la realidad de lo que es una operación de ese tipo. El fallo de la Justicia Penal fue favorable al médico, que fue absuelto. En ese caso hubo de recordar que el distinguido cirujano, profesor Andrés Santos,⁹ ha escrito que «todos los métodos sugeridos (para evitar el olvido) son fallibles. Una compresa o una gasa puede haber sido cortada y el recuento fracasa. Asegurarlas con pinzas o tiras ha servido en alguna oportunidad para olvidar no

⁹ Santos, Andrés, *Cuarpocentros olvidados durante intervenciones quirúrgicas*, Rev. Argentina de Cirugía, 1965, T. 9, pág. 84.

sólo la compresa, sino también el dispositivo que debería impedirlo. Por otra parte algunos de esos procedimientos pueden perturbar el acto quirúrgico. Precisamente el doctor Santos me facilitó un ejemplar de un libro publicado en Estados Unidos, en colaboración de un cirujano y un abogado; los autores, Crossen y Crossen («Foreign bodies left in the abdomen»), enumeran cerca de un millar de casos de oblitos (cuerpos extraños olvidados en operaciones) con indicación precisa de fechas, hospitales en que se comprobaron con motivo de autopsias y extraordinaria variedad de instrumental, gasas, compresas, etc. Esto demuestra por su elevado número, que aun procediendo con cumplimiento de las reglas del arte pueden producirse tales casos como consecuencia de riesgos quirúrgicos.

Por eso, puede señalarse que la Jurisprudencia francesa tiende a desestimar las demandas contra el cirujano por olvido de compresas si se acreditan circunstancias justificantes.⁶ El caso lo tratan H. y L. Mazeaud, que dicen «Parece que en el estado actual de la cirugía ningún procedimiento puede sin graves riesgos, ser empleado para evitar tales accidentes, al menos cuando una operación necesita una extrema rapidez».⁷

Dentro del tema de la responsabilidad por intervenciones quirúrgicas es frecuente que los autores, que de hecho con casi unanimidad aceptan que debe aplicarse el criterio de imputar la carga de la prueba al paciente que demanda una indemnización, exceptúan el caso de operaciones de cirugía plástica con fines estéticos, con lo que no extienden dicha excepción a la cirugía reparadora.

V. SISTEMA DE SEGUROS OBLIGATORIO DE MÉDICOS Y ODONTÓLOGOS.

Cabe señalar vinculado a este tema la existencia de un

⁶ Houss, Roger y Bredin, Jean, en *Juris Classeur — Responsabilité Civile, Responsabilité Médicale*, T. II, pág. 9.

⁷ Mazeaud, H. y L., *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, T. I, pág. 480, Nº 511.

proyecto de ley presentado en el Senado de la Nación por el Senador Juárez quien auspicia la creación de un sistema de seguro obligatorio de médicos y odontólogos. En realidad entre los fundamentos del proyecto no se menciona que se hayan hecho estudios actuariales para determinar el monto de las primas a pagar. Además es objetable que se establezca que no podrá haber primas diferenciales según las distintas especialidades profesionales, lo que no parece razonable dado el mucho mayor riesgo que ofrecen algunas de ellas. Pienso, en cambio, que más lógico sería determinar un tope al monto de las indemnizaciones, como existe en otras ramas del ordenamiento jurídico, *v gr.* el límite que fija el Código aeronáutico (ley 17285, art. 144), para casos de daños por accidentes. Tal sistema, por pedido de los médicos se ha impuesto en algunos Estados de Norteamérica (allí la legislación no es federal sino del ámbito de las competencias locales) cosa que fue necesario establecer porque el monto de las primas llegó a ser tan alto que eran extraordinariamente onerosas para los médicos y ello, fue consecuencia de la magnitud de las condenas judiciales contra los médicos, magnitud que se producía pues los tribunales en conocimiento de la existencia de seguro en los casos que se planteaban, no vacilaban en fijar abultadas cifras pues descontaban que las pagarían las poderosas compañías aseguradoras.

VI. UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL.

Para finalizar quiero llamar la atención sobre un punto al que asigno especial gravedad.

El Congreso Nacional sancionó el 23 de diciembre último la ley 24.032 en la que se dispone la unificación de la legislación civil y comercial y un artículo, el n° 1625, dice:

-Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas:

En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de la prestación adecuada del servicio. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió procurar un resultado determinado, corresponde a él probar su consecución.

Como se advierte, se decide poner a cargo del profesional la prueba de que no incurrió en culpa, o sea prácticamente un giro de 180° en el criterio tradicional de principios de la responsabilidad civil, salvo casos, que son de excepción, de responsabilidad objetiva, que hasta ahora nadie ha pretendido que pueda ser de aplicación a la responsabilidad médica.

Felizmente el Presidente de la Nación vetó la ley (B.O. del 2 de enero de 1992) y es de desear que el Congreso no ejerza la facultad de insistir con los dos tercios de ambas Cámaras, en la ley vetada, pues con ello el mencionado art. 1625 se convertiría en un gran factor de injusticia e inconcebible carga para los médicos.

VII. CONCLUSIÓN

En síntesis, para concluir diré, que la responsabilidad del médico existe en el derecho argentino, según resulte de aplicar las normas generales sobre el tema de la responsabilidad, lo que supone daño producido por culpa imputable al médico, sujeto a la prueba de quien invoca ambas cosas. No es de aplicación en modo alguno el criterio de responsabilidad objetiva. No puede prescindirse de las posibles consecuencias de riesgos quirúrgicos que excluyen la culpa imputable. Pero sin duda, en los casos en que existe la prueba de haberse incurrido en gruesas faltas por no haberse aplicado los cuidados exigibles según los conocimientos normales que supone el ejercicio de la medicina, habrá responsabilidad. Sin perjuicio de ello, es de desear que se llegue a establecer por ley un límite *topé* a las indemnizaciones que haga factible contratar un seguro con primas razonables.