

ARTÍCULO DE REVISIÓN

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

MEDICAL LIABILITY

ISRAEL RAMIRO CAMPERO*

**Abogado constitucionalista, especialista en filosofía política de la Universidad Mayor de San Andrés- Bolivia.*

Correspondencia: Israel Campero
Caja Petrolera de Salud
Oficina Central Av. 16 de Julio N° 1616

El derecho evoluciona a pasos agigantados y no pocas veces los abogados solemos perderlo de vista, ya que se manifiesta de formas tan múltiples como múltiples son las relaciones entre sujetos y los sujetos con las instituciones. Es precisamente en esta circulación de relaciones que tienen como centro de su estructura a sujetos de derecho individuales y sujetos de derecho ficción [1], que nos detendremos a analizar, lo que se denomina *responsabilidad médica*, o como debemos comprenderla.

Antes de entrar de lleno a estudiar este tema, es bueno señalar de inicio que el trabajo no pretende formar una línea teórica, sabemos que esto sería muy ambicioso y conocemos nuestros límites, pero si intentaremos extraer las experiencias más generales para llegar a una comprensión medianamente cabal del tema en cuestión. Por ello, la crítica será vital, no solo de los señores galenos, que a decir verdad son los que más conocen del tema, pues su relación directa con el paciente, construye una experiencia muchísimo más rica del caso que nos ocupa, sino también de mis pares académicos, como un incentivo para crear lo que tanta falta nos hace “UNA DOCTRINA DEL DERECHO NACIONAL”.

1.- EL TEMA DE LAS OBLIGACIONES

Este es el primer concepto que debemos desentrañar o por lo menos, tratar de definir aproximadamente, en ese sentido ATILIO ANIBAL ALTERINI, nos ofrece un concepto básico pero muy pedagógico para el fin que nos proponemos, para él la obligación es, *una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) u obligado, tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación^[2]* (el subrayado es nuestro), de ésta manera las obligaciones podrán ser de *dar, hacer y no hacer*, [3] (dar sumas de dinero a favor de otro, hacer determinada labor a cambio de algo, o abstenerse de hacer algo).

*Se designa así a las personas jurídicas, ya que el derecho ha creado gracias a una ficción la categoría de persona colectiva, cuando varias personas individuales tienen intereses comunes, y por consiguiente **finalidades comunes**, desencadenándose de ésta manera en una comunidad de derecho subjetivo en la cual concurre una pluralidad de sujetos para un solo derecho, aunque la multiplicidad no siempre llega a ser unidad. Cuando esa pluralidad de*

personas individuales (comunidad personificada), alcanza unificación o unidad reducto ad unum, aparece la persona colectiva.

Desde el momento en que el ser humano ingresa a relacionarse con otros seres humanos, se marcan claramente los vínculos obligacionales, a través de lo que se conoce como *relación jurídica o social*, que merecen tutela jurídica y donde básicamente está en juego el interés. En éste sentido por el simple hecho de ser jurídica las relaciones quedan diferenciadas de otras.

Ahora bien, una vez adentrados al tema mismo de las obligaciones se debe dejar en claro cuales son sus reglas y las excepciones a esas reglas, para que posteriormente ingresemos a estudiar cómo se manifiesta ésta interrelación en la medicina y más propiamente con el médico.

1.1.- EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

El efecto normal de las obligaciones es su cumplimiento, sin embargo, este cumplimiento que puede darse de diversas maneras inclusive puede no llegar ha efectivizarse, siendo así, que el efecto negativo de las obligaciones es el incumplimiento obligacional o cumplimiento parcial.

El incumplimiento o cumplimiento parcial de las obligaciones trae como resultado la correspondiente acción judicial para que por la vía de la justicia, excitando al órgano jurisdiccional se cumpla con lo comprometido, inclusive coercitivamente.

En el presente trabajo, no podremos estudiar toda la teoría de las obligaciones, lo único que pretendemos es dejar algo claro que es lo que estamos tratando, ya que el tema de la responsabilidad es un subtítulo del gran capítulo de las obligaciones. Ahora bien, el tema de la responsabilidad profesional emerge del cumplimiento de las obligaciones denominadas de *hacer*, en consecuencia ¿que será una obligación de hacer?, la respuesta no es difícil, por que este tipo de obligaciones se explican por si solas, como se muestra en el siguiente ejemplo:

- *Si usted, contrata a una persona para que le arregle el techo de su casa, estamos frente a una obligación de hacer, claro está que el trabajador tiene la obligación de hacer, por todos los medios legales aquello que fue comprometido por libre consentimiento, lógicamente en contraprestación usted deberá pagarle por su trabajo.*

Los médicos, en el desenvolvimiento de sus labores cotidianas son sujetos pasivos de obligaciones de hacer, debiendo en su trabajo mostrar la diligencia de un buen padre de familia, por lo menos esa es la regla, *poner todo su empeño, para conseguir el mejor de los resultados a momento de tratar un paciente, cómo deben de hacerlo y en que medida deben también demostrar claros resultados de eficiencia y eficacia.*

No obstante, se podría tranquilamente entender que los galenos están obligados imperativamente a mostrar resultados satisfactivos en el ejercicio de sus funciones, el más iluso, de la simple lectura concluiría que si en una cirugía

muere el paciente, el médico es susceptible a ser demandado por no haber cumplido lo pactado o no haber hecho lo que debía hacer, extremo por mucho alejado de lo real.

¿Pero el médico tiene algún tipo de obligación o relación contractual con el paciente?, desde luego que sí, directa o indirectamente y por el momento solo afirmaremos esto, pues la explicación la daremos líneas más abajo, siendo que a continuación ingresaremos a estudiar un subtítulo fascinante para el fin que buscamos, las denominadas *obligaciones de resultado y de medios*.

1.2.- OBLIGACIONES DE RESULTADO Y DE MEDIOS

OBLIGACIONES DE RESULTADO, ORDINARIAS, ATENUADAS Y AGRAVADAS. La doctrina actual distingue entre: a) *obligaciones de resultado ordinarias* (STARCK, ROLAND, BOYER) o de *régimen normal* (LARROUMET); b) *obligaciones de resultado atenuadas* (VINEY) o *aligeradas* (MARTY, RAYNAUD); y c) *obligaciones de resultado agravadas* (VINEY), *absolutas* (STARCK, ROLAND, BOYER) o de *régimen severo* (LARROUMET).

- a) **Obligaciones de resultado ordinarias.** En las obligaciones de resultado ordinarias (o régimen normal), el deudor contractual se libera si prueba la interrupción del nexo causal, tal sucede en los daños contractuales derivados del riesgo de la cosa no regido por ley especial.
- b) **Obligaciones de resultado atenuadas.** En éstas en cambio la prueba de no haber incurrido en culpa, es decir la prueba de la conducta diligente, resulta bastante para liberar al deudor.
- c) **Obligaciones de resultado agravadas.** En las obligaciones de resultado agravadas, la causa extraña útilmente invocada es calificada: la Ley describe con puntualidad los únicos hechos relevantes para la liberación del deudor, a cuyo efecto es insuficiente el caso fortuito genérico.

Podemos así concluir, que se consideran obligaciones de resultado a las de dar y a las de no hacer (WEILL, TERRÉ; FLOUR, AUBERT; STARCK, ROLANDO, BOYER; MALAURIE, AYNÉS; MARTY, RAYNAUD; BÉNABENT).

OBLIGACIONES DE MEDIOS, ORDINARIAS Y REFORZADAS.- Las obligaciones de medios ordinarias obligan al deudor a obrar con diligencia, esto quiere decir sin culpa, mientras que las obligaciones de medios reforzados, obligan a una diligencia particular, como son los casos de culpa levísima, idea aplicable a la responsabilidad profesional, en lo que a nosotros respecta, *la obligación del médico de brindar un tratamiento idóneo a su paciente*.

Con éste criterio, podemos encontrar una subdivisión, en el campo de la medicina o el trabajo profesional de médico, las *obligaciones que llamo satisfactivas y las que he venido a llamar terapéuticas o estrictamente médicas*.

Obligaciones médicas satisfactivas.- Las encuentro inscritas en las obligaciones de resultado, el ejemplo más ilustrativo es, el caso de acudir a un cirujano plástico con el fin de arreglarnos la nariz, obviamente con el único motivo de vernos mejor, o cualquier arreglo físico exterior que simplemente tenga que ver con la estima personal. En este caso si el médico realiza un trabajo distinto al que se le ha encomendado, lógicamente será pasible de una demanda, por incumplimiento contractual u obligacional, con los respectivos daños y perjuicios.

Es lógica la consecuencia, ya que en la circunstancia planteada es el médico, deudor original del que le encomienda determinado tratamiento, pudiendo el sujeto activo de la obligación, coercitivamente exigir el cumplimiento de lo ofertado por el galeno.

Obligaciones médicas terapéuticas o de tratamiento.- Más al contrario, considero que podemos ubicar a estas obligaciones dentro de las que se refieren a los *medios*, la explicación es igualmente lógica, el ejemplo será productivo al efecto; un muchacho que llega con un cuadro de apendicitis aguda, el paciente ingresa a quirófano, pero a diferencia de la cirugía plástica en el caso que ejemplificamos anteriormente el médico tratante no podrá garantizar el éxito de la cirugía, ya que la situación del paciente es crítica por lo tanto de resultado incierto, por mas especialista que sea el cirujano o, por ejemplo el cáncer metastasico, el paciente es tratado con quimioterapia, pero el tratamiento no garantiza al paciente que el cáncer desaparezca.

Cuál la diferencia y la importancia de las distinciones, que en una de estas formas obligacionales, el médico tratante se obliga materialmente al cumplimiento exacto de la obligación, es el caso de las cirugías plásticas de embellecimiento; en el segundo el médico tratante hará todo lo posible para que el paciente viva, y no garantiza el éxito o cumplimiento exacto de la obligación, pues lo único que compromete es el máximo cuidado y la máxima diligencia.

Sin embargo, es urgente dejar también sentado, que como fuente de las obligaciones no solo están los contratos o los actos jurídicos consensuales, ya que si analizamos con mayor detalle lo que acontece dentro de las relaciones humanas, podremos advertir que el *daño* es desde siempre una fuente formal de las obligaciones, lo que los abogados conocemos como principio general de la responsabilidad: "*aquel que causa un daño está en la obligación de repararlo*". La premisa obligacional establecida es la que nos da pie para aquello que realmente nos interesa, el tema de la responsabilidad médica que desarrollaremos a continuación.

2. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El tema de la responsabilidad puede ser concebido desde distintos puntos de vista, empezando por definirla como: la calidad o condición de responsable y consiguiente la obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, toda pérdida, daño o perjuicio que se hubiere ocasionado. Ello implica aceptar las consecuencias de un acto realizado con capacidad, voluntad y dentro de un

marco de libertad [4,5]. Consecuentemente todos los hombres son responsables de los actos ejecutados con discernimiento, intención y libertad, en ese sentido podemos arribar a un concepto mas restringido en el campo que nos incumbe, de la siguiente manera, *“la responsabilidad corresponde a una situación particular, lo que equivale a la necesidad de determinar quien es el responsable; cual ha sido la acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito; la naturaleza antijurídica de la misma o, en su caso, los motivos que la excluyen; la culpa del sujeto; la existencia de un daño y la adecuada relación de causalidad entre el acto y el daño ocasionado*[6,7].

Pero, el hecho de haber definido el concepto de responsabilidad como lo hicimos, no nos daría luces de su importancia si no logramos focalizar sus elementos, para ello y como punto de partida, el sistema de responsabilidad, debe contener una *acción, una omisión voluntaria o involuntaria, productora de un resultado dañoso*. Sin embargo el carácter involuntario no borra el deber de responder, pues aunque el sujeto no haya querido realizar ciertos actos, o aún queriéndolos no haya previsto sus consecuencias, no lo exime de la reparación de los daños ocasionados.

La antijuridicidad, es otro de los elementos de la responsabilidad, su entidad cubre un amplio espectro que va desde un acto ilícito hasta el incumplimiento contractual o la violación de una obligación *ex lege*, resultando que una acción puede ser antijurídica por que es contraria a determinada norma de conducta, o por que afecta directamente a bienes absolutos o protegidos, o a derechos ajenos o por que representa una infracción, contra el mandato general de diligencia, presupuestos expresamente sentados en algunas normas. Así mismo la omisión puede ser antijurídica cuando existe la obligación de evitar un daño; obligación impuesta por la ley o por la naturaleza del oficio *o de la profesión del sujeto*, en síntesis la responsabilidad significa un deber de conducta que consiste en reparar el daño que se ha causado, sea cual fuere la vía generadora de la relación, ya sea directa entre las partes o a consecuencia de una obligación anterior, o inclusive sin vínculo previo.

El profesor BUSTAMANTE ALSINA, afirma que *la función del profesional en el organismo social es tanto más importante cuanto más extensa es la regulación jurídica de la conducta y cuanto más complejo es el contenido de las normas* [5], en ese sentido podemos afirmar que la responsabilidad se inicia con el juramento de buen desempeño de la profesión y desde la matriculación respectiva del profesional.

La responsabilidad médica constituye un capítulo especial de la responsabilidad profesional en general, a pesar de que su estudio es hallado en 1825, en nuestro país es prácticamente inexistente un estudio serio del tema. La experiencia nos aconseja remitirnos a Francia, para, encontrar los antecedentes embrionarios de la responsabilidad como tema de derecho obligacional, donde la discusión se centró en establecer si ésta era contractual o extracontractual hallándose precisamente en el sistema Galo, donde por mucho tiempo se consideró a la responsabilidad médica como extracontractual [8,9].

Sin embargo, ya desde 1936 el criterio de los tribunales franceses se homogenizó, fijándose la naturaleza contractual de la responsabilidad médica, misma que como afirmé de inicio es una obligación de medios¹, lo que implica que el médico asume el compromiso de atender al paciente con cuidado y diligencia para que ello sea conducente al logro de su curación, la que no puede ser asegurada por el profesional.

Aquí juega un papel trascendente como en toda la teoría de las obligaciones el tema de la *culpa*, el daño causado y el nexo de causalidad entre aquella y éste, no siendo de aplicación la conocida teoría del riesgo objetivo, ya que la existencia de culpa constituye el requisito fundamental para que el daño causado sea susceptible de reparación.

En los titulares de la prensa hoy en día es motivo de alarma el incremento de los casos de mala praxis, no cabe duda que la tecnología ha jugado un papel trascendente en el tema que nos ocupa, debido a la multiplicación de riesgos en los distintos tratamientos [7], ya que el hecho evolutivo implica constantes desarrollos en las técnicas diagnósticas, farmacológicas, químicas, físicas y quirúrgicas, más el propio comportamiento del paciente, puesto que éste considera que el fracaso de un tratamiento es un evento imputable al médico y atribuible a éste la culpa y responsabilidad, sin antes detenerse a meditar la gravedad a veces irreparable del cuadro clínico, consecuentemente iniciando demandas antojadizas y sin sentido.

Gisbert Calabuig establece que la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos dentro del ejercicio de la profesión, es decir: *el médico que en el curso del tratamiento ocasiona, por su culpa, un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, siendo el fundamental aquel que líneas arriba enseñamos “quicumque efficio damnum, obligatus animadvertio”*.

Ahora bien, se ha discutido si la obligación nace *ex contrato* o *ex delicto*, es decir que si el derecho del paciente es emergente del contrato o de los principios generales de la responsabilidad aquiliana, concluyamos en que la responsabilidad es estrictamente contractual, la conclusión no es atrevida, si por un momento recordamos el fallo de la Corte de Casación Francesa de 1936, misma que sostuvo y delineó el nuevo rumbo de interpretación universal de la responsabilidad médica, precisando la responsabilidad contractual de los actos médicos.

El hecho de que las obligaciones médicas sean obligaciones de *medios* y no de *resultados*, no implica como lo hemos demostrado a lo largo de éste trabajo, que los médicos estén exentos de la reparación por el denominado modernamente derecho de daños, al contrario para concluir, diremos que la *culpa* fácilmente demostrable en un proceso judicial ya sea por el protocolo de cirugía o como la legislación nacional lo ha establecido, por todos los medios

¹

lícitos de prueba (que el sujeto activo de la acción vea por conveniente presentar u ofrecer al juzgador para crear en éste convicción, con una sola limitante, el que sean legalmente conseguidas, es decir que la forma de obtenerlas no sea ilegal y no vaya en contra de la moral y las buenas costumbres), esta culpa a la que hacemos referencia, es el elemento de vitalidad a momento de subsumir el hecho al derecho, es decir a momento de atribuir la responsabilidad de la comisión de un hecho ilícito generador de daño, la culpa que deberá girar alrededor, de probar la negligencia e impericia en el comportamiento del médico, es el *onus probandi*, de un proceso de reparación de daños, sin la cual el proceso judicial no tendrá materia justiciable, pues la premisa mayor, no hallaría su efectivización.

No resulta ser novedad por ejemplo, el continuo reclamo de la sociedad, respecto del trato del personal en salud, lastimero reclamo, ya que sabemos que existen individuos poco comprometidos con la noble función del médico, desconociendo el juramento hipocrático, que es como hemos visto, la fuente de su obligación y responsabilidad, no obstante para los poco comprometidos, vale la pena hacerles conocer el castigo que imponía el Código de Hammurabi a los médicos que entre otras cosas, no atendían con la suficiente prudencia y cuidados necesarios, ocasionando daño al paciente, lo mataban o le cortaban las manos, seguro que nos dará a meditar.

Sin embargo es preocupante que nuestra legislación no haya podido avanzar en la creación de normas específicas del caso que tratamos, siendo la rama civil la única que nos ofrecería resultados mediatos, frente a estas circunstancias, equivocando y no en pocas ocasiones los litigantes los caminos a tomar, cuando víctimas de la denominada mala praxis, pretenden el establecimiento de responsabilidades y la reparación del daño sufrido.

A modo de finalizar este humilde trabajo, considero personalmente que lo transcrito cubrirá en algo las inquietudes a cerca del tema puesto a vuestra consideración, en dos campos de análisis general; 1) que es la obligación, y que clase de obligación cumple el médico; y 2) que es la responsabilidad y como debe ser entendida por los médicos.

Los detalles del tema se lo hemos dejado a los juristas, nuestro propósito solo es dar como base un conocimiento esencial.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Mesineo Francesco. Manual de derecho civil y comercial, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, Buenos Aires Argentina.
2. Atilio Aníbal Alterini, Ameal Oscar José, López Cábana Roberto. Derecho de obligaciones civiles y comerciales. Cuarta Edición, Abeledo Perrot, 2008.

3. Yungano Arturo Ricardo. Responsabilidad profesional de los médicos, Editorial Universidad 1992, Buenos Aires Argentina. Pág. 21.
4. Briz Santos José. La responsabilidad civil, 2º edición, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1977, Pág. 23 y ss.
5. Bustamante Alsina Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil Edición Abeledo – Perrot Buenos Aires Argentina 1980.
6. Pannean J. La responsabilité médicale, Editorial Sirey, Paris, 1977.
7. Cazac George. Responsabilidad profesional: aspecto preventivo, en la “Revista Médica Mundial”, mayo – junio 1970.
8. Acuña Anzorena Arturo. Naturaleza de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción resarcitoria, “J.A.”, 74-525.

-Responsabilidad contractual por el hecho del otro, en “J.A.”, 53 Doctrina, 64.
9. Colombo Leonardo. Culpa aquiliana, TEA, Buenos Aires, 1947.
10. Demogue René. Traité des obligations en general. París, 1923.