

La Responsabilidad médica

“El principio de responsabilidad médica es una medida de seguridad para los mismos médicos, es decir, los médicos instruidos, prudentes y conscientes de su trabajo; y es que es una amenaza para los médicos imprudentes, negligentes y faltos de pericia, que no observan las reglas del arte médico.

Lacassagne

A- Elementos de la responsabilidad

Como parte de la vida en sociedad, los hombres deben interactuar entre sí, a fin de subsistir y coexistir. Además, entre ellos se establecen las más variadas relaciones. En ocasiones, los actos humanos producen consecuencias perjudiciales para otros, por lo que resulta imprescindible, para mantener la pacífica coexistencia de la sociedad, que los sujetos afectados reciban una indemnización.

Así surge la noción de responsabilidad, la cual puede definirse genéricamente como la obligación del ser humano que vive en sociedad, de asumir las consecuencias de su actuación. En estos términos todo aquel que produce un daño está obligado a repararlo.

El Derecho viene a regular la forma en que debe operar la reparación de daños, con lo que garantiza justicia y equidad para el autor de ellos, y para las víctimas. El hombre debe responder por sus acciones, cuando estas interfieren negativamente (impidiendo o estorbando) el goce de bienes jurídicos que el Derecho reconoce a terceros.¹

En Costa Rica, el derecho de obtener reparación, está expresamente garantizado en la *Constitución Política*, en el artículo 41, y establece, además, que el Estado debe implementar los mecanismos idóneos para que puedan resolverse los conflictos, que en razón de ello, puedan surgir. Así, el numeral 41 de la Constitución señala:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias y daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles

¹ Ver Creus, Carlos (1993) Esquema de Derecho Penal, Editorial Astrea, Buenos Aires, p.1

justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”².

Cualquier actividad del individuo, circunscrita al ámbito de su oficio o profesión, puede dar pie a la responsabilidad. La práctica de la medicina y demás ciencias afines no se exime de la eventual generación de implicaciones lesivas para alguna persona, específicamente cuando se refiere a su salud física o mental o al área patrimonial.

La medicina se define como el conjunto de conocimientos científicos y de actividades técnicas destinadas a lograr el diagnóstico, curación y prevención de las enfermedades. Es el arte y la ciencia que cuida de la salud del ser humano; arte, porque debe efectuar acciones para cumplir con sus fines, es ciencia porque necesita un cúmulo de conocimientos para ejercerla.³ El médico es la persona legalmente autorizada para ejercer esta disciplina.

Se concluye, así que la profesión del médico gira en torno de uno de los valores fundamentales de la persona: la salud.

La *Constitución Política* contempla, además, la salud como un derecho esencial, de forma directa o indirecta en los artículos 21, 33, 40, y 73.⁴ Respecto de este derecho la Sala Constitucional ha señalado lo siguiente:

“En cuanto al derecho a la salud si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa este derecho aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados; catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra constitución, que éste - el derecho a la vida- es la razón de ser y

² Constitución Política de Costa Rica, artículo 41.

³ Vélez Correa, Luis Alfonso (1996) Ética Médica, Corporación para las Investigaciones Jurídicas, Medellín, p. 64

⁴ Dicen los artículos mencionados de la Constitución Política: Artículo 21: “La vida humana es inviolable. Artículo 33: “Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Artículo 41: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo con sus ideas, fines y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida, en toda su extensión, en consecuencia, a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene este derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud, ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades”.⁵

Cabe responsabilidad al médico que, en el ejercicio de su arte, comete actos u omisiones involuntarias o voluntarias contra las reglas legalmente establecidas, y ocasiona un daño en la salud, con lo cual vulnera el derecho fundamental a la salud. Por lo tanto, se debe responder ante las autoridades competentes y legalmente constituidas, por los perjuicios provocados a un paciente.

El ordenamiento jurídico impone al médico la obligación de responder por las consecuencias dañosas de su actuación profesional.⁶

Desde esta perspectiva, se pueden distinguir dos tipos de responsabilidad: la dolosa y la culposa. La primera se caracteriza por la presencia del dolo, de la intención o voluntad de obtener un resultado. Habrá responsabilidad dolosa, por ejemplo, en el ámbito penal, en caso de delitos cometidos por médicos, tales como la eutanasia activa, la práctica de abortos fuera de los supuestos de exculpación, la omisión al deber de auxilio, la divulgación del secreto profesional, o la expedición de falsas certificaciones.⁷

A diferencia de la responsabilidad dolosa, la culposa se produce por faltar al deber de cuidado, en la que incurre el profesional médico, sin que haya en él esa

⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 1915-92.

⁶ Vargas Alvarado, Eduardo (2000). **Medicina Legal**, San José, Editorial Trillas, p. 432.

⁷ Ver Portero Lazcano, Guillermo (diciembre 2001; junio,2000), “Responsabilidad penal culposa del médico”, en **Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal**, volumen 6 (2), volumen 7 (1), p. 90.

intencionalidad de causar un efecto dañoso sobre el paciente, pero que se produce. Esta forma de responsabilidad es la que interesa en la presente investigación, porque es consecuencia de la llamada mala praxis médica.

Se considera mala praxis todo tratamiento malo, erróneo o negligente, aplicado por un profesional en ciencias médicas o de la salud, que genera un daño, sufrimiento innecesario o muerte del enfermo, debido a ignorancia, negligencia, impericia o falta de seguimiento de las reglas establecidas.⁸

La responsabilidad médica, a título de culpa, se origina en el derecho de reparación que tiene la persona que ha sufrido un daño, por causa de una acción u omisión de índole culposa del profesional en Medicina o ciencias médicas afines. En estos casos, corresponde una sanción represiva o una reparadora, o ambas, según la vía de reparación que se adopte. Si se acredita la responsabilidad del profesional en sede penal, debe afrontarse una pena, como consecuencia de una acción u omisión culposa, en la vía civil debe indemnizarse económicamente al damnificado.

Se entiende que la responsabilidad médica es la obligación, que tiene todo profesional médico de reparar, el daño causado a un tercero, en el ejercicio de sus actividades profesionales. Se trata de una variante de la responsabilidad profesional general. Esta reparación, puede darse en dos terrenos jurídicos: el civil o el penal.

Los requisitos propios de la responsabilidad civil médica, son los mismos que atañen a la responsabilidad civil en general. El primero de ellos se presenta cuando se produce una acción u omisión antijurídica del agente, que lógicamente nace en el propio acto médico, donde por acción u omisión se causa un daño al paciente. El segundo elemento de la responsabilidad médica es la relación de causalidad; es decir, el establecimiento de la relación de causa – efecto entre la acción u omisión del agente y el daño que se ha causado. El tercer elemento de la responsabilidad civil médica es el daño. Este daño puede considerarse extracorporal o corporal. En el primero se incluyen los perjuicios económicos que afectan a personas o entidades, como consecuencia del daño corporal (perjuicio al cónyuge por privación de relaciones afectivas o sexuales, a los hijos por la imposibilidad de asumir obligaciones educacionales, de guarda o

⁸ Ver Lazcariz Jiménez, Gerardo. "Mala Praxis, Responsabilidad del profesional en medicina", en **Revista de Medicina Legal**, de la Asociación de Medicina Legal de Costa Rica.

cuidados, entre otros). El daño corporal puede ser físico, síquico, estético o moral. La valoración del daño es, tal vez, uno de los requisitos previos para dictaminar el resarcimiento; así como el físico y el estético suelen ser evidenciables, o al menos se pueden objetivar mediante oportunas pruebas diagnósticas. El psíquico y el moral son mucho más difíciles de apreciar, por lo que, en muchas ocasiones, se incurre en subjetivismo. Precisamente, en la actualidad, las reclamaciones a los médicos surgen, casi exclusivamente, como consecuencia de esos daños psíquicos o morales, sin conllevar ninguno físico. Por otro lado, la teoría de los daños y perjuicios debe cubrir, para ser completa, los intereses afectivos o intelectuales, que no resultan menos apreciables que aquellos susceptibles de una apreciación económica directa. Se considera que su vulneración injusta exige una reparación, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución Política, que establece la posibilidad de indemnización de todo daño recibido, incluso el moral.

1- Hecho generador

Es el primer elemento esencial de la responsabilidad civil. Es aquel acontecimiento que ocasiona un daño, llámese incumplimiento (responsabilidad contractual) o menosprecio de un bien jurídico –hecho antijurídico- (responsabilidad extracontractual).

El hecho generador es la conducta violatoria del principio de diligencia, por parte del agente que ocasiona un daño. El agente, en claro menosprecio de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, provoca un daño sobre un tercero.

2- Nexa de causalidad

El segundo elemento, base para la configuración de la responsabilidad civil, es el nexo de causalidad, toda vez que si no se demuestra la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño, no se le podría imputar responsabilidad alguna al agente dañoso; es decir, es el elemento esencial: “Se ha dicho en general, que para la existencia de la responsabilidad civil, debe verificarse que el daño sea producto de una conducta dañosa, esto es, se ha admitido que la relación de causalidad es un elemento constante en la responsabilidad civil.”⁹

⁹ Solano Porras, ***op. cit.***, p.192

El nexo causal es de vital importancia, porque nadie debe responder por un daño si no es consecuencia de su acción u omisión, o de alguien que él tenía el deber de vigilar o elegir, ya sea que exista un contrato válidamente celebrado entre las partes, o que no exista ningún vínculo jurídico entre ellas. El nexo causal cumple una función de imputación y, a la vez, sirve para determinar el alcance de la reparación.

Se hace necesario distinguir los términos causalidad y culpabilidad, por cuanto tienden a confundirse. Así, la causalidad se configura como el nexo o vínculo necesario que debe existir entre la conducta y el daño; y la culpabilidad, como el carácter subjetivo de la conducta.¹⁰

En lo que respecta a la actuación médica, se infiere que en sede de responsabilidad civil directa (o por hecho propio) el médico solo es responsable de la reparación del daño si su conducta lo ha causado, o al menos ha contribuido a causarlo. Por consiguiente, debe existir el vínculo necesario entre la conducta del médico y el daño en el paciente, para lo cual se aplican, las reglas generales de la causalidad ya analizadas.

La relación causal entre el acto culposo del facultativo y el daño sufrido por el paciente, es también, como en la doctrina general, un problema de imputación. En principio, al perjudicado que reclama una indemnización corresponde la carga de la prueba de la relación causal expresada. Posteriormente se verá que, en relación con la carga de la prueba, la máxima citada puede flexibilizarse.

Se ha afirmado que la causalidad es muy específica pues depende de la actividad profesional de que se trate. Tanto es así que podría aludirse a una *causalidad médica*, aunque este aspecto es complejo y de difícil solución. Entre los hechos causantes de los daños deben descartarse la fatalidad y la mala suerte, y pensar en otras realidades: el mal estado de los elementos empleados, la falta de mantenimiento adecuado, el descuido, cuando no la negligencia, la imprudencia o la impericia. También, tienen participación los hechos del enfermo (su culpa), e incluso las reacciones del organismo

¹⁰ ***Ibid.***, p.194.

humano, que muchas veces dan lugar a sucesos o resultados fortuitos. En estos casos, se interrumpe el nexo causal procedente del mismo perjudicado o de hechos fortuitos. Además, la intervención de un tercero dentro del curso de acontecimientos productores del daño, exime de responsabilidad al inculpado, ya que se rompe el nexo de causalidad cuando la actuación de ese tercero implique un accidente extraño a la acción.

En la actualidad, para establecer la causalidad cuando ésta no resulta muy clara, se ha recurrido a la doctrina del '*res ipsa loquitur*' (los hechos hablan por sí mismos) expuesta por William Prosser, que se requiere tres exigencias:

- Que el resultado lesivo, sea de tal clase que, ordinariamente, no hubiese ocurrido en ausencia de negligencia del médico,
- Que el paciente haya estado bajo el exclusivo control del médico,
- Que no haya posibilidad de haber mediado causa que contribuya a la producción del daño.

En Costa Rica, esta teoría tiene cabida en la medida en que el juez la utilice como prueba indiciaria para determinar la causa del daño. En otras palabras, vendría a ser una especie de presunción de culpa en el médico cuando los hechos probados, analizados de acuerdo con las reglas de la lógica y la sana crítica, permiten concluir que el resultado no se hubiera producido de no haber mediado culpa en el médico.¹¹ Cabe destacar que la prueba indiciaria solo tiene validez en el tanto se consideren actos, situaciones u objetos concatenados entre sí.

La posición anterior, es en nuestro criterio, acertada, pues en ciertas situaciones es difícil demostrar la presencia de la causalidad médica, y se hace necesario recurrir a la máxima según la cual los hechos hablan por sí mismos y no ha existido otra causa productora del daño. Es preferible indemnizar a un individuo, al que se le ha causado un daño, que dejar impune una actuación ilegítima y victimizar doblemente al ofendido.

3- Daño

El tercer elemento que constituye la responsabilidad civil es el fenómeno llamado daño, considerado por muchos tratadistas como el epicentro de la

¹¹ Solano Porras, **op. cit.**, p. p. 547-548

responsabilidad, puesto que sobre este se pretende alcanzar una reparación.

Claro está que, donde antes se aceptaba que el daño causado era producido por el azar nefasto, hoy se intenta encontrar a su autor.

El daño es el centro, el soporte del deber de responder. Sin daño no hay responsabilidad civil.

Este daño siempre debe estar referido a alguien; no es el puro daño o lesión en abstracto el que interesa, pues, si no hay perjudicado, el menoscabo o pérdida se torna jurídicamente irrelevante.

A diferencia de la responsabilidad penal (en la que se acepta responsabilidad en ausencia de daño), la civil no puede existir sin un daño, perjuicio, detrimento, menoscabo o lesión. La reparación, que es la consecuencia de la responsabilidad, tiende a borrar el daño, a volver las cosas, en la medida de lo posible, al estado anterior. Ello puede lograrse de una manera específica o “in natura”, o bien, con el pago de una suma de dinero.

Con base en el artículo 30 de la *Constitución Política* y 1045 del *Código Civil*, según los normativistas, se puede interpretar que no existe responsabilidad sin daño, y que todo aquel que cometa un daño debe ser obligado a repararlo.

Al referirse a este tema, Valencia expresa: “El brillante y sagaz profesor de la Universidad de Perugia, DE CUPIS, dice que daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable; puede ser el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor; para la relación médico paciente que es el objeto de estudio, se puede ubicar en la pérdida en la salud, integridad física, capacidad, aptitudes, etc”.¹²

Se llama daño al valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor; en el caso que nos ocupa, pérdida en la salud, integridad física, capacidad, aptitudes, entre otras. Es el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria nacido del mal hecho a una persona o a

¹² Valencia, **op. cit.**, p. 141

sus derechos o facultades, perjuicio material efectivamente sufrido, o bien, ganancia de que fue privado, como también la reparación del agravio moral.

En este sentido, Valencia comenta: “La doctrina colombiana, tratando de dar una definición legal de daño ha dicho que daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial; o bien, daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra”. Para Gifford Aguirre, “... el daño es la lesión que se actualiza en el patrimonio o en la persona misma, y el padecimiento que se sufra como consecuencia del daño ocasionado y que traiga consigo merma en cualquiera de tales sentidos”. Por su parte, Martínez Ravave, acuña su posición afirmando que “El daño es simple y llanamente el menoscabo, que se ocasiona a un interés lesionado, perturbado o agredido, esté o no consagrado como un derecho real u objetivo”.¹³

En resumen, el daño puede conceptualizarse como todo menoscabo físico (material) o inmaterial que, en sí mismo, implique una lesión a un interés (patrimonial o moral) jurídicamente protegido.

La jurisprudencia patria ha elaborado una definición de daño en los siguientes términos:

“El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesis, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante

¹³ Ibid, p.p.141-142

de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo”.¹⁴

En lo que respecta a la antijuridicidad del daño, es importante distinguir entre materia civil o penal; y diferenciar, según se trate de la existencia de un vínculo previo o de la inexistencia de éste. Así, en materia civil contractual la antijuridicidad del daño es posible, pues la presencia del daño se debe, en todo caso, al incumplimiento del contrato. Por otra parte, en materia extracontractual todo daño es antijurídico. En materia penal, si el daño se hace presente, necesariamente deviene en antijurídico.

Al respecto, Valencia manifiesta: “En este mismo orden de ideas se ha dicho que en el campo civil hay que afirmar categóricamente que la relación de antijuridicidad no tiene cabida para configurar el daño, sería en todo caso para la esfera penal, es suficiente el lesionamiento a un interés legítimo para que se dé el daño y su correspondiente resarcimiento. Esto porque el incumplimiento de una obligación contractual genera daño y esto no es antijurídico, simplemente no se ha dado cumplimiento a lo pactado. Y si nos vamos al terreno extracontractual, nuestro ordenamiento civil, siguiendo la corriente francesa, no exige este requisito; solo exige la intervención de culpa o negligencia en la intervención dañosa para que sea resarcible”.¹⁵

No compartimos el criterio de Valencia, porque, si se trata de responsabilidad civil extracontractual, es posible constatar la antijuridicidad del daño.

Se deben tomar en consideración dos aspectos: el postulado de que no hay responsabilidad sin culpa (extracontractual subjetivo), que debe complementarse con el principio de que ningún daño derivado de un riesgo previsible ha de quedar sin indemnización. En el numeral 1045 del *Código Civil* se plantea la aspiración a que el ser humano responda todo daño, incluso cuando no es culpable si este ocurre como consecuencia de su actuación, o de lo que esté bajo su guarda o utilización, pues se afirma que todo aquel que ocasione un daño debe repararlo junto con los perjuicios derivados de este. La tendencia es mejorar la situación jurídica de la víctima con base,

¹⁴ **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**, N^o 112, San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos

¹⁵ Valencia, **op. cit.**, p. 142.

simplemente, en la existencia del riesgo (responsabilidad objetiva).

En conclusión, el daño ocasionado por el médico, durante el desempeño de su profesión, en la salud del paciente y que afecte su integridad física o psíquica, debe ser reparado, junto con sus perjuicios.

B- Tipos de obligaciones

Cuando el médico toma a su cargo la asistencia de un paciente, asume una obligación. Desde el punto de vista jurídico, las obligaciones pueden ser de dos tipos: a) de medio y b) de resultado.

En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a proveer el éxito que apetece el acreedor. En las obligaciones de medio, sólo está obligado a intentar el logro de aquel resultado y, a ese efecto, debe proceder con un comportamiento diligente, en prosecución de dicho fin.

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultados ha sido muy discutida por una gran cantidad de tratadistas. Así un importante sector de la doctrina entiende que esta distinción es aplicable a las prestaciones de conducta. Esto es mayoritario en Francia (Mazeaud y Tunc, Penneau, Ghestin, Stark, Rodière, Savatier), en Italia (Trimarchi, Carta, Visintini, Princigalli) y en España (Santos Briz, Díez Picazo, Hernández Gil, Llamas Pombo, Sancho Rebullida, Delgado Echerría, y Rivero Hernández).¹⁶

La distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado es clásica, y reviste importancia en lo concerniente al alcance del cumplimiento de lo prometido: unas veces, el deudor promete un resultado, un acto determinado (obligación de resultado); obligación determinada; otras, promete solamente conducirse con prudencia y diligencia en una dirección dada (obligación de medios; obligación general de prudencia y diligencia).

Por otro lado, Mosset trata de dar una mejor explicación respecto de la clasificación de las obligaciones al señalar que, "... en la obligación de resultado, el

¹⁶Lorenzetti, **op. cit.**, p. 439

deudor asume el compromiso de conseguir un objeto o efecto determinado; entregar la cosa vendida, pagar el precio acordado. En la de medios, el deudor no asegura la consecución del resultado esperado por el acreedor, sino sólo se obliga a poner de su parte el empleo de los medios conducentes a ello.”¹⁷

De acuerdo con la anterior descripción, se puede decir que, en las obligaciones de fines, el deudor promete cumplir determinada actividad, lo que quiere decir que su cumplimiento, solo será satisfactorio para aquél al que se le ha prometido, si se llega a alcanzar el resultado establecido; por otro lado, en las obligaciones en las que se prometen medios, el deudor cumple si pone diligencia, prudencia y pericia en la dirección de lo prometido. Adelantamos, desde ya, que el médico, por regla general, se compromete a obligaciones de medios, con las aristas comprendidas en lo que se ha denominado, por los teóricos del Derecho, como “lex artis ad hoc”, concepto que se explicará posteriormente. Solo en situaciones excepcionales se puede afirmar categóricamente, que el galeno comprometerá resultados.

Sobre este tema Lorenzetti precisa: “Si bien hay discusiones sobre la autoría de la clasificación, es Demogue quien la presenta sistemáticamente en el mundo jurídico. En su tratado de las obligaciones nos introduce en la terminología de ‘obligaciones de medio y de resultado’, señalando que en éstas últimas el deudor promete un resultado y en otras ‘está obligado a tomar ciertas medidas que normalmente son capaces de llevar a ciertos resultados’ Asimismo refiere que los partidarios de la clasificación entre obligaciones de medios y resultados entienden que lo debido queda perfilado desde la génesis del vínculo, y desde ese momento se sabe si se comprometieron fines o medios. Después debe determinarse si medió o no; incumplimiento, pero siempre con remisión al cauce institucional previo”.¹⁸ Desde el origen del vínculo de obligación, las partes de la relación establecen si se ha obligado al deudor a alcanzar un resultado específico para satisfacción del acreedor, o si, por el contrario, su promesa se limita a orientar, hacia el resultado, solo un grado de prudencia y diligencia.

Es necesario realizar una distinción importante respecto de la carga de la prueba

¹⁷ Valencia, **op. cit.**, p.p. 128-129

¹⁸ LOrenzetti **Responsabilidad civil de los médicos**, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, Editores, Tomo II, p.9

pues, al respecto, se ha manifestado doctrinariamente que, en las obligaciones de resultado, el deudor es responsable si este no se alcanza, salvo que pruebe la fuerza mayor. En las de medios, en cambio, es el acreedor quien debe probar la culpa.¹⁹

Cuando se trata de la actividad médica propiamente dicha, tema central de este trabajo, se han considerado distinciones, incluso dentro de la propia rama médica. Se han hecho distinciones entre los medios, que ofrece un médico general y los que promete un especialista de reconocida trascendencia. Por ello, algunos autores admiten la distinción, pero luego señalan que no se puede deducir de ella una idea simplista. Se afirma que los medios ofrecidos por un famoso especialista difieren de los que ofrece un médico hospitalario o un médico de cabecera. Los medios no son los mismos y hay que admitir ulteriores subdivisiones. Además, en la actividad concreta normalmente se contraen obligaciones de uno y otro tipo, aunque, como premisa fundamental, el médico asuma obligaciones de medios.²⁰

Interesante propuesta es la que ha introducido Lorenzetti al mencionar que la distinción se presenta según el interés del acreedor de la obligación médica, por lo que considera, que los casos en que hay una finalidad curativa son de medios, y si no la hay son de resultado.

En la cirugía estética se aplica este criterio, y se distingue entre cirugía reparadora, cuya finalidad es reparar verdaderas enfermedades congénitas o adquiridas, y la cirugía estética, cuyo fin es corregir las desgracias de la naturaleza, y sólo esta última supone una obligación de resultados.²¹

En nuestro criterio, este debe ser el punto medular para efectuar la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados, pues si el tratamiento médico se dirige a la efectiva curación del paciente, la obligación será de medios y en caso contrario, será de resultados.

1- Medios

¹⁹ *Ibid.*, T. I, p. 471

²⁰ Lorenzetti, *op. cit.*, T. I, p. 476

²¹ *Ibid.*, p. 481

La doctrina, en general, es partidaria de que la obligación galénica es, en la mayoría de los casos, de medios, y que excepcionalmente se la considera de resultados. Esto obedece al hecho de que el médico puede prometer cuidado y competencia para el paciente, pero tiene vedada la posibilidad de prometer un resultado de curación de la enfermedad del paciente. Es más, resulta inmoral para el facultativo prometer salvar la vida o curar una determinada enfermedad.

Valencia considera que “...es cuestión de aceptar pues, que como regla general, en Argentina como en España e Italia, la obligación del médico es de medios y no de resultado.”²² Somos del criterio de que, en nuestro medio no debe descartarse la aplicación de esa máxima.

En la generalidad de los casos el médico se limita a dar satisfacción a una obligación de medios ya que se compromete a mantener una conducta diligente, cuidadosa, prudente y científica, con la finalidad de cura o mejoramiento del paciente. Pero en los casos de excepción, el galeno debe garantizar, con anterioridad a la intervención, un resultado, que importe la obligación de obtener una finalidad determinada, precisamente como ocurre con la cirugía plástica reparadora y la estética, pues estas presentan dos particularidades que inducen a juzgar, con mayor severidad, su responsabilidad:

- La actuación médica sobreviene, generalmente, en circunstancias en que el cliente no padece afección alguna; en caso contrario, que también ocurre con frecuencia, la cirugía correctiva tiene un fin terapéutico, que absorbe en su finalidad, la preocupación meramente estética que puede satisfacer.
- La intervención del galeno, sólo se justifica en esos supuestos, por la finalidad perseguida de lograr un efecto favorable, desde el punto de vista estético. Lo anterior supone que el facultativo ha pronosticado al cliente ese resultado, pues no es otro el objeto del consentimiento que se ha otorgado. Se le imputará responsabilidad al galeno si no se ha obtenido el mejoramiento estético buscado, como si de la intervención o tratamiento resulta una secuela desfavorable para la salud o integridad física del paciente.

²² Valencia, **op. cit.**, p. 131

Se puede concluir que, generalmente, la obligación médica suele entenderse como una obligación de medios, en tanto el médico no puede garantizar el éxito de la intervención, ya sea, recuperación de la salud o curación; pero, en relación con la cirugía plástica, estética y no terapéutica, la solución se torna problemática.

Desde luego, prometer medios no significa aventurarse al azar a buscar un resultado, todo lo contrario, significa que no se promete un resultado determinado, pero sí los medios que orienten a alcanzar un fin esperado: “(...) La doctrina tradicional consideraba el resultado como extrínseco a la obligación de medios; la doctrina actual, como la del profesor Bueres, señala que el resultado está presente *in obligatione* aunque no *in solutione*, en virtud de su aleatoriedad; para Zannoni el interés está siempre presente como objeto de la obligación; para nosotros, el resultado penetra, a título de interés, dentro de la ejecución técnica comprometida y, aunque no está garantizado, tiene una función orientadora. No se deben utilizar cualesquiera medios, sino los adecuados para obtener el interés perseguido.”²³

Desde el primer momento en que se establece la relación entre el paciente y el galeno, de modo libre, voluntario, consentido, con el objeto, de que el paciente, sea diagnosticado o curado, y de que el médico diagnostique o cure, el facultativo queda comprometido por una obligación de diligencia. En líneas generales, el médico que realiza el diagnóstico clínico sobre la base de exploraciones personales, o en su caso, con base en otras complementarias, que solicita a diferentes profesionales, no quedaría obligado más allá de donde sea, humana y profesionalmente posible, llegar a un diagnóstico de certeza o presunción, es decir, que existe un principio de obligación de medios.

Sin embargo, aunque no se le exige acierto absoluto en un diagnóstico, en el que cualquier profesional podría incurrir en un error racional por las dificultades que presenta, si queda obligado a actuar de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, esto es, a poner todos los medios a su alcance en el diagnóstico y saber valorar e interpretar cuantas pruebas haya solicitado como complemento. En cuanto al tratamiento propuesto por el facultativo, si actúa de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, con pericia, humanidad y profesionalidad, elige los medios más adecuados para la curación del enfermo, vigila

²³ Lorenzetti, **op. cit.**, T. II, p.15

sus resultados y le informa de los riesgos y tratamientos alternativos, el médico cumple todos y cada uno de los requisitos para quedar exento de cualquier tipo de responsabilidad, aunque los resultados finales no sean los deseables.

2- Resultados

Como ya se ha mencionado en las líneas precedentes, la obligación de resultados implica realizar lo prometido necesariamente, y si no se obtiene el fin ofrecido, simple y sencillamente, se incumple.

Para clarificar el asunto es menester traer a colación un caso hipotético: el pintor contratado para que pinte la Catedral X cumple, solamente pintando esa iglesia. Con respecto a este tema Valencia señala: “(...) La obligación de resultado es el tipo corriente de obligación así: la que asume el ingeniero al construir un edificio, la de un mandatario a cumplir un acto”. Demogue, se limita a decir que en estas obligaciones, se es deudor de un resultado. En relación con las obligaciones de medios, el propio Mazeaud señala que en tales obligaciones, el deudor promete únicamente hacer lo que está a su alcance para conseguir determinado resultado. El resultado debe permanecer como algo exterior al contrato, aún cuando el deudor se comprometa a emplear los medios, que estén en su poder, para lograrlo. Por eso, el médico no se compromete, normalmente, a curar al enfermo (...).”²⁴

Un aspecto que reviste gran importancia es el de fijar los criterios para determinar cuándo se está ante una obligación de resultados y cuándo ante una de medios. Al respecto “la doctrina se preocupó por encontrar criterios conceptuales clarificadores. Algunos pueden ser llamados objetivos. Entre ellos, el más difundido y antiguo es el que se basa en el contenido de la obligación de medios”.

Se han identificado, en el contrato médico, “...algunos tipos de prestación exclusivamente técnicos, que no se complican con el alea, y que son de resultado, cuando se trata de mecánica y no de medicina: transfusión sanguínea, emisión de dictámenes y certificados, análisis clínicos, salvo que sean extremadamente delicados; prótesis dentales; suministro de prótesis (se distingue el suministro de la adaptación que

²⁴ Valencia, **op. cit.**, p. 129

es de medios).”²⁵

Respecto de las especialidades se ha exigido al médico una prudencia que consideramos, raya en exigencia de resultados, o por lo menos, se le exige de acuerdo con su especialidad. Por ello, Lorenzetti afirma, “... los médicos especialistas deben tener la misma experiencia y conocimientos para atender a los pacientes, que otros médicos especialistas del mismo campo. No se necesita que un médico general conozca a fondo las técnicas refinadas como las debe conocerlas el especialista en esta rama de la Medicina. Sin embargo, un médico que la ha practicado durante muchos años una y ha sido considerado como tal, deberá responder por un acto de negligencia, por no cumplir las prácticas estándar y aceptadas de esa especialidad.

Agrega este mismo autor que “cuando alguien practica una especialidad, aunque no sea especialista, debe ser juzgado de acuerdo a las reglas de los especialistas porque ha creado una expectativa de tal prestación (...)”.²⁶

Las obligaciones de resultados son aquellas en las cuales se contrata el bien o servicio que se desea, de acuerdo con los requerimientos del cliente. El profesional se compromete a entregar el trabajo según lo pactado. Con respecto al campo médico, García Blázquez comenta: “Cuando la relación es contractual, el facultativo puede quedar obligado a los resultados a que se compromete, especialmente si estos resultados debieran ser los esperados habitualmente para ese caso concreto. Esto ocurre frecuentemente en las especialidades como cirugía estética y reparadora, odontología y ortodoncia, donde el profesional se compromete ante el paciente a conseguir unos efectos que después no se producen, sin que en el resultado final mediase participación negativa alguna del enfermo. Es esta profesión es el especialista el que debe prever si puede comprometerse mediante obligación de medios o resultados.”²⁷

Debe mencionarse que con el continuo avance de la medicina, más y más personas asisten donde los médicos para que estos efectúen, sobre sus cuerpos, algunas transformaciones, con el fin de satisfacer ilusiones o mejorar su presentación estética.

²⁵ Lorenzetti, **op. cit.**, T.I, p. 479.

²⁶ Lorenzetti, **op. cit.**, T II, p. 27

²⁷ García Blázquez, **op. cit.**, p. 47

Este es el caso, por ejemplo, de Michael Jackson, cantante que ha llegado al punto de variar la pigmentación de su piel, o de un sinnúmero de personas que incorporan silicona sobre su cuerpo para ser más atractivas. Con esta evolución de la medicina, se presenta una paradoja: por un lado la medicina satisface los intereses de muchísimas personas y ya no solo las cura; por otro lado, se presenta el hecho de la responsabilidad de los médicos por el desarrollo de su actividad médica; es decir, medicina y ejercicio de la medicina transitan caminos distintos. Sobre este particular no es extraño leer en los periódicos, en primera plana, que la medicina reconstruyó satisfactoriamente el rostro de una persona accidentada e inmediatamente después, en la página siguiente, un caso de responsabilidad médica, porque un médico debió amputarle un pecho a una joven por complicaciones en la incorporación de silicona en esta zona.

C- La lex artis ad hoc

En el primer capítulo, sección primera de la presente tesis, se dejaron sentadas las bases de la *lex artis*, entendida como aquella actuación que se efectúa de acuerdo con las reglas del saber, la ciencia y el conocimiento profesional. No obstante lo anterior, consideramos que al profesional en medicina se le debe aplicar lo que se ha denominado *lex artis ad hoc*, que se analiza en la presente sección, pues es a partir de la no sujeción que surge lo que se llama culpa profesional y mala praxis médica.

La *lex artis* requiere que la actuación del profesional se realice bajo la observancia del deber de cuidado debido, pericia y diligencia debida. Por lo tanto, se entiende por *lex artis médica* la aplicación técnica correcta en la ejecución de una determinada actividad.

Por su parte, la “*lex artis ad hoc*” es el criterio valorativo de la corrección del acto médico, ejecutado por el profesional en medicina – ciencia o arte médica. Tiene en cuenta las características especiales de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de la actuación en el paciente y, cuando exista, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria – para calificar dicho acto de acuerdo, o no, con la técnica normal requerida.

En el campo jurídico, interesa comprobar si el médico ha faltado al deber de

prevenir las consecuencias; de ser así, es preciso examinar, a través de un análisis retrospectivo, si el médico realizó, en ese caso concreto, todo lo que la ciencia exige para disminuir el riesgo. Es necesario enfatizar el hecho de que debe aplicarse, en estas situaciones, el criterio objetivo de esa ciencia y de la práctica médica, de manera que lo decisivo no es lo que el médico sea capaz de hacer con sus conocimientos y experiencia, sino lo exigido por ella en el caso determinado.

En este sentido, el análisis de la *lex artis ad hoc*, se efectúa con base en las circunstancias que rodean la actuación médica, ya que no es lo mismo que un paciente sea tratado en un hospital de especialidades médicas, que en una ambulancia o en un “Equipo Básico de Asistencia Integral en Salud” (E.B.A.I.S.). También hay diferencia si el que lo atiende es un médico especialista o un médico general. Por ello, es necesario analizar esta actuación casuísticamente, razón por la cual, en el desarrollo de esta sección, se describirán los parámetros que permiten medir la actuación del facultativo y el grado de responsabilidad en que ha incurrido.

La *lex artis ad hoc*, como se expuso, es el criterio por medio del cual se valora la corrección del acto médico efectuado por el profesional. Este criterio, como ya se dijo, tiene en cuenta las características propias del autor, de la profesión, la complejidad del acto y la influencia de factores externos (gravedad de la enfermedad, así como su evolución, organización sanitaria y la presencia de medios suficientes para el tratamiento de la enfermedad).

En este sentido, el contenido de la *lex artis ad hoc* varía según las diversas circunstancias con que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal ayudante, etc. Dentro de estas circunstancias, y en relación con el caso concreto que debe atenderse, las exigencias de la *lex artis* son siempre las mismas.

La *lex artis ad hoc* se puede manifestar de diversas formas. Por eso, para que tenga validez el acto médico es necesario, que dentro de la relación médico – paciente, el enfermo autorice que se le practique la prestación médica; como se expuso en la parte general de esta tesis.

Los médicos que están a cargo de la salud pública, actúan de acuerdo con sus

conocimientos, las características del enfermo y la enfermedad, los medios materiales y humanos que se ponen a su alcance, las dependencias jerárquicas, la medicina de equipo, la normativa de la propia seguridad social, y se desenvuelven, muchas veces, en los límites de reglamentos, circulares y órdenes, entre otros.

En conclusión, el módulo de valoración o *lex artis ad hoc* sopesará, en cada caso concreto, las circunstancias concurrentes por uno u otro motivo.

El deslinde de casos, y el análisis de las circunstancias concurrentes, según las hipótesis establecidas, dependerá del *lex artis ad hoc*, que se impone para valorar la eficacia de la intervención del profesional en Medicina.

La *lex artis ad hoc*, posee las siguientes características:

- *Profesionalidad*: únicamente es acto médico el realizado por un profesional en posesión de la titulación correspondiente (licenciatura) aparte de que reúna los requisitos formales de habilitación (colegiación, especialización, etc.).
- *Ejecución regular o típica*: consiste en la presencia de la *lex artis ad hoc*, en tanto constituye la regla de medición de la conducta, para valorar su corrección, es decir, para determinar si la prestación se ha efectuado de conformidad con la técnica normal requerida por las circunstancias del caso concreto.
- *Objetivo*: el objeto sobre el que recae formalmente el acto es el cuerpo humano.
- *Licitud*: el acto médico será lícito, al menos en su génesis, si se adecua a los principios de consenso social, y es aceptado como tal por la persona o el colectivo de destinatarios. Dicha licitud se encuentra circundada por varios parámetros.

1- La culpa profesional

En cuanto a los antecedentes de la culpa profesional Lorenzetti señala: “En el marco típico de una sociedad personalista el médico, como la gran mayoría de los profesionales ‘liberales’, ocupaba un lugar de privilegio en el orden social y su profesión era considerada un ‘arte’. Los jueces y los tratadistas del Derecho se veían inhibidos de penetrar en tan delicada cuestión: no querían obstruir el ‘progreso de las ciencias’ intimidando a los profesionales con cuestiones de responsabilidad. La doctrina francesa del siglo XIX elaboró, en congruencia con esa postura, una idea relativa a la existencia de una culpa especial: la culpa profesional. Se hacía una

distinción capital en materia de culpa. Si el médico había faltado a las reglas de prudencia exigibles a toda persona, respondía por culpa. Pero si había faltado a las reglas de orden científico, propias de su profesión, se trataba de una culpa especial, típica ‘profesional’, en ese caso no respondía sino por culpa grave o lata.”²⁸

Esta cita se refiere a lo que, en su momento, se denominó doctores de familia, cuya relación con sus pacientes se basaba en la confianza y la fe. En ese momento, no se analizaba si el profesional en Medicina incurría en culpa alguna, pues su labor era la de curar dentro de sus posibilidades, su función era casi sacerdotal. Pasado el tiempo, y tras la difusión de los medios de comunicación, el crecimiento demográfico y la presencia de la industria, se comienza a cuestionar si los actos del médico son apegados a las reglas de la ciencia o no, y en el caso de que no lo fueran, éste sería responsable.

Así, la culpa profesional se refiere a la imprudencia o negligencia común cometida por el profesional, en el ejercicio de su arte u oficio.

Lorenzetti la ha definido como “(...)aquella en la que incurre una persona que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ella le impone: se trata pues, de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de una determinada actividad.”²⁹

A la culpa profesional se le pueden atribuir las siguientes características:

- El sujeto activo es un profesional con título.
- Los actos realizados pertenecen a la esfera de su actividad y se efectúan, habitualmente, como parte de ella.
- El resultado puede ser la muerte o lesiones graves.
- El resultado se haya producido por causa de imprudencia o negligencia profesional, es decir, por la conducta imperita o negligente, incompatible con el ejercicio normal de la profesión de que se trate.

Con respecto a este tema, Valencia define la culpa profesional como la que “(...) cometen los profesionales en el libre ejercicio de sus profesiones, es una culpa civil, con las mismas características de la culpa común, un obrar negligente, imprudente o

²⁸ Lorenzatti, **op. cit.**, T. I, p.p. 465-466

²⁹ **Ibid.**, p.374

con impericia; y es fuente de responsabilidad subjetivista”. Es por eso que civilistas de la moderna doctrina como Vázquez Ferreyra, recuerdan que, en la actualidad, no resulta acertado, hablar de una culpa profesional como algo distinto de la culpa en general.

De tal manera que si queremos tener una apreciación de lo que es culpa profesional, la variación, de acuerdo con lo conceptualizado anteriormente, sería de tipo romántica y según la formulada por Trigo Represas, “... es aquella en la que incurre una persona que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella le impone; se trata, pues, de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad, ya que es obvio que todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma, y obrar con la previsión y diligencia necesaria con ajuste a las reglas y métodos pertinentes.”³⁰

Por su parte, Lorenzetti señala que “Existe un sector de la actuación profesional vedado al pretor; y este sólo interviene para considerar ‘si la falta cometida deriva de la inobservancia de las reglas de prudencia y atención o es producto de un grueso error científico. Así la sanción sólo podrá aplicarse cuando media una notoria negligencia o imperdonable imprudencia o exista un abandono de los más elementales deberes profesionales. La noción de culpa profesional supone que el facultativo sólo responde cuando incurre en una falta grave.

Agrega este autor que la idea de esta forma de culpabilidad no ha sido demasiado precisa, a pesar habérsela invocado asiduamente; no se señalan sus límites y los confines con la culpa común resultan confusos. Quizá esto se deba a que se trataba de un (sic) área en la cual los juristas se mostraban reacios a transitar, so pretexto del mantenimiento de la intangibilidad galénica.”³¹

La culpa profesional médica conserva los mismos sofismas y particularidades de la culpa común, por lo que existe una sola culpa: impericia, negligencia, imprudencia; además, la culpa médica puede darse por inobservancia de los reglamentos, o por error, lo que suele provocar confusión, por el simple hecho de que

³⁰ Valencia, **op. cit.**, p.p. 171-172

³¹ Lorenzetti, **op. cit.**, T. I, p..375

ambas culpas suelen permanecer unidas en todos los planteamientos culpabilísimos.³²

Consideramos que la responsabilidad civil del profesional no difiere, en nada, de los principios esenciales que gobiernan la responsabilidad civil en general.

2- Mala praxis

La mala praxis médica se puede definir como la omisión, por parte del médico, de la prestación apropiada de los servicios, que esté obligado a prestar, en su relación profesional con el paciente, omisión que resulta en un perjuicio para este.

La responsabilidad del profesional médico en general, es aplicable a cualquier profesión. Dentro del derecho, corresponde a la responsabilidad profesional y particularmente, a la responsabilidad en la actuación médica.

Otros afirman que se trata de un error involuntario vencible, un defecto o falta en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de la actuación del médico, que tiene como resultado una afectación en la salud o la vida del paciente.

Sin embargo, nosotros consideramos que la mala praxis es la actuación incorrecta del médico en el ejercicio de su profesión, lo que provoca daños al paciente.

Pero esta responsabilidad será culposa, es decir, sin intención de causar daño y puede ocurrir por cuatro causas posibles: negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de las leyes y reglamentos. Estas razones se analizarán en el tercer capítulo, referido a la responsabilidad penal del galeno.

García Blázquez comenta que si la *lex artis* corresponde al modo de hacer las cosas bien, la mala praxis sería lo contrario, es decir, no cumplir adecuadamente, salvo justificación razonada, con las reglas y preceptos destinados a este fin; es resumen, la mala praxis puede significar no seguir la *lex artis*.³³

Para que se configure la responsabilidad médica, deben presentarse los

³² Valencia, **op. cit.**, p. 173

³³ García Blázquez, **op. cit.**, p. 20

siguientes elementos: una relación médico – paciente, un incumplimiento de los deberes de parte del profesional, por la no sujeción a las reglas de la *lex artis*, y una relación de causalidad en relación con la mala práctica

En el apartado correspondiente a la responsabilidad civil se analizaron los tres elementos necesarios para su configuración. Por tratarse de responsabilidad civil médica, esta se sustentará en la presencia de un comportamiento lesivo, un daño causado y en el nexo de causalidad, ya que, cuando se trata de la responsabilidad médica, se utilizan los mismos elementos para caracterizar un acto como responsable o no.

Solano Porras, de acuerdo con las reglas generales, considera que: “... para que surja la responsabilidad de los médicos, se requiere la presencia de tres elementos: un acto culposo del médico, un daño en el paciente y una relación de causalidad entre el acto médico y el daño del paciente”.³⁴

De ahí que para establecer la responsabilidad civil médica deben existir los siguientes presupuestos:

- Que dicho comportamiento viole el deber de atención y cuidados propios de la profesión médica.
- Que ese obrar sea imputable, subjetivamente al médico, a título de culpa o dolo.
- Que el obrar antijurídico e imputable al médico represente, para el paciente, un daño –en el cuerpo, en la salud o en la psiquis– patrimonial o moral.
- Que el daño sufrido por el paciente guarde, con el hecho médico, relación de causalidad.

³⁴ Solano Porras, **op. cit.**, p.p. 441-442