

NUEVOS PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

**Disertación Académica del Dr. Guillermo A. Borda
con motivo de su designación como Doctor Honoris Causa
por la Universidad de Mendoza**

Nuevos Perfiles de la Responsabilidad Médica

Aproximarse a la consideración de este tema, permite una primera comprobación: que mientras hace no muchas décadas, los juicios por responsabilidad civil de los médicos eran prácticamente inexistentes o por lo menos, muy excepcionales, hoy esos juicios -y las consiguientes condenas- son numerosísimos. ¿A qué se debe este fenómeno? Varias son las causas que lo han determinado:

- a) Ha desaparecido el médico de cabecera que antaño atendía a toda la familia de cualquier clase de dolencia. Entre él y sus pacientes se establecía una relación de verdadera amistad, que hacía impensable una acción de daños por un error de diagnóstico o tratamiento. El progreso de la medicina y con ello la creciente complejidad de los tratamientos, ha hecho que los enfermos se deriven hoy a los especialistas, con los cuales aquéllos no se sienten ligados por ninguna relación de amistad. Por el contrario, se sienten con derecho a exigir de ellos el máximo de acierto; y ante cualquier error o empeoramiento de la enfermedad, no vacilan en plantear la acción por daños.
- b) El elevado costo actual de la medicina y, sobre todo, de la internación en sanatorios, ha tenido como consecuencia que la mayoría de las personas se afilien a obras sociales para la atención de sus eventuales enfermedades. Ahora bien, estas obras sociales pagan a los médicos que integran el plantel de profesionales, honorarios verdaderamente miserables por cada consulta. Es así cómo esos médicos, para poder sobrevivir, atienden a veinte o treinta paciente por día. Se comprende así que el examen de cada enfermo sea generalmente muy superficial. El enfermo se convierte en una simple ficha y el

seguimiento de la enfermedad es completamente despersonalizado. El margen de error aumenta notablemente.

- c) Ha cambiado también el criterio jurídico con que se aprecia la responsabilidad por daños en general. Mientras antaño se miraba el problema desde el ángulo del autor del hecho dañoso, exigiendo en todo caso la prueba de una clara culpa o negligencia para hacer lugar a la acción reparadora, ahora se lo mira desde el punto de vista de la víctima del daño y se procura resarcirla a veces aunque no medie culpa del imputado (como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de riesgo creado o de obligaciones de garantía) y mucho más si media culpa, por leve que sea.

Este nuevo criterio ha tenido, como no podría ser de otra manera, su repercusión en el campo de la responsabilidad médica. Hoy existe una fuerte tendencia doctrinaria a considerar con severidad y aun con dureza, la actuación profesional de los galenos.

Este fenómeno ha conducido a lo que Vázquez Ferreyra ha llamado la "fiebre de la responsabilidad médica". El autor citado refiere lo que acontece actualmente en los Estados Unidos: las demandas por malpractice (error médico) se han convertido en aquel país en la pesadilla de los médicos y han generado una auténtica crisis en todo el sistema sanitario estadounidense en los últimos años. Los norteamericanos plantean actualmente tres veces más demandas de este tipo que hace sólo una década y los tribunales les conceden compensaciones que crecen sin cesar. Las primas que pagan los médicos a las compañías aseguradoras se han disparado hasta alcanzar los cien mil dólares en la especialidad de neurocirugía. En 1983 por cada cien médicos que hay en los Estados Unidos, se interpusieron 16 demandas por malpractice. Este importante porcentaje de pacientes que insatisfechos por el tratamiento recibido, acuden a los tribunales, supone un 20% más que en 1975. En 1982 más de 250 demandantes lograron compensaciones superiores al millón de dólares.

El criterio de los jueces norteamericanos es que, como en definitiva el pago de la indemnización va a recaer sobre una compañía de seguros económicamente poderosa, es bueno fijar la indemnización con criterio muy generoso para reparar a la víctima de la culpa médica. Este desborde en la fijación del monto de las indemnizaciones ha traído serias consecuencias. Algunas compañías se niegan ya a asegurar ciertas especialidades particularmente riesgosas. Las primas a pagar por los médicos han aumentado, según ya lo dije, en forma tal, que muchos

médicos no pueden pagarlas. Finalmente, el temor de los médicos a ser demandados por **mal practice** ha dado lugar a que muchos profesionales practiquen lo que se llama "medicina preventiva", o sea, someter al enfermo a todos los exámenes y pruebas imaginables, antes de avanzar en un diagnóstico, aunque el buen criterio médico le indique al profesional que son superfluos. Pero ellos necesitan dejar prueba de que han agotado todas las precauciones para evitar todo riesgo de equivocar el diagnóstico. No sólo todo esto contribuye a encarecer notablemente la medicina, sino que esta medicina a la defensiva es también negativa desde el punto de vista humano, pues es irritante para la relación médico-enfermo que aquél vea en el paciente un posible futuro demandante.

Llegados a este punto, parece claro que los jueces deben apreciar y juzgar la responsabilidad médica, con criterio prudente. Prudencia tanto en lo que atañe a juzgar si verdaderamente ha mediado culpa, como en lo relativo al monto de la indemnización si ésta procediera.

Cabe hacer notar que mientras anteriormente sólo se admitía responsabilidad médica en el caso de faltas graves, de evidente y groseras faltas al arte de curar, en nuestros días existe una tendencia a admitirla aun si existe la más leve culpa. Creo que ambas posturas son inadmisibles. Parece indudable que los jueces deben merituar prudentemente en cada caso la conducta seguida por el profesional y hacerlo responsable de sus errores, apreciando su conducta sin excesivo rigor, pero también sin excesiva lenidad. Las circunstancias del caso suelen tener una importancia relevante. No es equiparable la conducta del médico común con la del eminente especialista; ni puede considerarse con igual criterio el resultado dañoso de una operación practicada con urgencia en un medio rural y en condiciones precarias, con el producido a raíz de una intervención llevada a cabo en un instituto urbano, dotado de todos los elementos técnicos que es de requerir; ni es igual el juzgamiento del cometido médico en una operación de urgencia cuando existe un inminente peligro de muerte, que cuando está en juego un trastorno de salud que en nada hace temer por la vida del paciente.

Y no olvidarse de que la medicina no es una ciencia exacta. Los casos que se presentan al médico ofrecen frecuentemente un aspecto confuso, desdibujado; a veces, una misma enfermedad se manifiesta con distintos síntomas, según la naturaleza física del enfermo, del mismo modo un determinado tratamiento puede tener éxito o fracasar según la idiosincracia física y aun psíquica de aquél. Un excesivo rigor en la apreciación de la culpa médica deviene así injusto. Y hay que agregar que en este rigor para apreciar la responsabilidad médica, se ha llegado

a más. En las Quintas Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas en 1989 en San Isidro, y en las Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil celebradas en ese mismo año, se ha sostenido que cuando el daño ha sido ocasionado con el empleo de cosas, la responsabilidad es objetiva, es decir, no cabe admitir la prueba de la falta de culpa.

La aplicación de la solución del art. 1.113 a la responsabilidad médica es gravemente injusta. Veamos el caso del cirujano. ¿Puede concebirse acaso algo más riesgoso, más peligroso que el bisturí? La tesis que impugno llevaría a esta conclusión inexorable: los daños ocasionados al enfermo a raíz de una operación, harían siempre responsable al cirujano. No importaría que se probara acabadamente que de su parte no hubo culpa; que el enfermo eligiera al cirujano más eminente de la especialidad; que antes de practicar la operación se celebrara una junta médica que no obstante los riesgos, aconsejara hacerla; que en el caso, la realización de la operación fuera aconsejada por la doctrina médica dominante. Nada de eso bastaría: se utilizó una cosa riesgosa, luego habría obligación de indemnizar, puesto que no hay culpa del paciente ni de un tercero por el cual deba responderse.

Los gases o inyecciones con los que se suministra una anestesia, también son cosas riesgosas. ¿Deberá responder también el médico a pesar de que se probó que era necesario administrarla, que la aplicación se hizo conforme con la mejor técnica científica y que el daño se produjo por la peculiaridad del organismo del enfermo, que el médico no tenía posibilidad de conocer?

Todo ello prueba acabadamente que la responsabilidad médica debe estar fundada en la culpa. Y si bien es cierto que un excesivo rigor en la apreciación de ella es excesivo e injusto, también es verdad que so color de que la medicina no es una ciencia exacta, no puede pretenderse la impunidad ante cualquier negligencia.

Un problema que se debate en torno a esta cuestión, es si la responsabilidad médica tiene carácter contractual o extracontractual. Debe notarse que la cuestión tiene la mayor importancia; en el caso de responsabilidad contractual, sólo se responde por las consecuencias inmediatas y directas del hecho, en tanto que si media responsabilidad extracontractual, la responsabilidad es amplia y cubre todos los daños que tengan una relación adecuada de causalidad con el hecho culposo.

En la doctrina argentina, es prácticamente unánime la opinión de que se trata de una responsabilidad contractual, aunque se admite que pueda haber supuestos excepcionales de responsabilidad extracon-

tractual, como ocurre en el caso de que el médico atienda a un enfermo que ha sufrido un accidente y se encuentra en estado de inconsciencia o cuando se trata de un enfermo mental o de un menor impúber y no tenga o no se encuentre a su representante legal que pueda dar el consentimiento.

Por mi parte, estoy en desacuerdo con esa teoría. Por lo pronto, los casos que se consideran excepcionales, no son tales, sino numerosísimos. Cuando un enfermo se interna en un hospital público no conoce al médico que lo trata o lo interviene quirúrgicamente, no paga honorarios, no cruza una palabra con él. ¿Cómo puede hablarse de contrato? Lo mismo ocurre con las obras sociales pagas, hoy enormemente difundidas. Se dirá quizás que en este caso hay un contrato con la obra social, lo que es cierto; pero lo que ocurre es que no estamos considerando la responsabilidad de la persona jurídica que es la obra social, sino la responsabilidad del médico que ha actuado. Y ese médico no está ligado al enfermo con ningún vínculo contractual.

Pero hay algo más decisivo que esto, para desechar la tesis contractualista. Aceptar como principio que la responsabilidad es contractual y al propio tiempo, admitir que en algunos casos es extracontractual, significa juzgar con reglas y criterios jurídicos distintos, una responsabilidad idéntica. La que pesa sobre un médico en su consultorio u opera al paciente después de convenir con él el momento de la operación, el sanatorio donde tendrá lugar la operación y los honorarios que se le pagarán, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que examina al obrero de una compañía o de una obra social o interviene quirúrgicamente al accidentado sumido en un estado de inconsciencia. Esa responsabilidad es la misma, tenga o no origen en un contrato, puesto que está impuesto por obligaciones derivadas del ejercicio de la medicina. Como dicen los juristas franceses Peytel y Nast, se trata de una responsabilidad profesional, derivada de la violación del "arte médico".

Por lo demás, aunque haya contrato entre médico y enfermo (uno se compromete a prestar un servicio, el otro a pagar un precio en dinero), es evidente que no se trata de un convenio al que sean aplicables las reglas generales de los contratos de derecho patrimonial. Aquí está de por medio un enfermo, está de por medio su derecho a la vida, a la integridad física, a la salud. La responsabilidad del médico no deriva de ese convenio acordado con el enfermo; deriva de esa misión de hondo contenido humano que es el ejercicio de la medicina.

Otro problema extremadamente delicado en torno al ejercicio de la

medicina es el relativo a la necesidad del consentimiento del enfermo (o de sus representantes legales si fuera incapaz) para someterlo a un tratamiento médico. El principio es, desde luego, que dicho consentimiento es indispensable. Más aún, dicho consentimiento debe ser **informado**, es decir, que el médico tiene el deber de informar al enfermo de cuál es su dolencia y cuáles son los riesgos que supone su tratamiento o su intervención quirúrgica.

Pero en esta materia no caben ni pueden haber reglas rígidas. Por lo pronto, es evidente que cuando se trata de una persona en estado de inconsciencia (como, por ejemplo, a raíz de un accidente de tránsito) y requiere una urgente intervención médica para salvarle la vida, el consentimiento no es necesario. Tampoco es necesario si se trata de un suicida, ya que el suicidio no sólo es un acto ilícito, sino que casi siempre se llega a él como consecuencia de un agudo estado depresivo, generalmente transitorio. La intervención médica no sólo puede salvarle la vida, sino también ayudarlo a recuperar su normalidad psíquica y, con ello, recomponer su vida feliz.

Pero muchas veces, la decisión del enfermo de no tratarse, linda con el suicidio, sin serlo. Y aquí, la cuestión se hace extremadamente delicada. Veamos algunos casos planteados ante los tribunales argentinos.

Una persona padecía de una severa gangrena en una pierna. Sólo podía salvar la vida amputándose, pero el enfermo se opuso, no quiso vivir lisiado. Un hijo se presentó ante los tribunales de Buenos Aires solicitando se ordenara a los médicos a proceder a la amputación. La Cámara Civil denegó la medida que se impetraba, reconociendo el derecho a **morir con dignidad**. Cabe aquí decir que la Iglesia Católica, tan celosa del respeto de la vida humana, en un documento de 1990 de la Sagrada Congregación para la Conservación de la Fe, se ha pronunciado en el sentido de que no se puede imponer a nadie la obligación de recurrir a un tipo de cura que no esté libre de peligros o sea demasiado costosa; su rechazo, agrega, no equivale al suicidio, significa más bien una simple aceptación de la condición humana. Ese criterio se ha reiterado en el Nuevo Catecismo, punto 2.278.

Otro caso fue el siguiente: un enfermo que padecía un muy agudo proceso de anemia, no tenía según la opinión médica, otro medio de salvar la vida que mediante transfusiones de sangre. Pero el enfermo pertenecía a los Testigos de Jehová, que prohíbe a sus seguidores esas transfusiones. Su hijo pidió jurídicamente que se lo obligara a aceptarlas. Su pedido fue acogido en Primera Instancia y en la Cámara, que dijo

que la negativa a someterse a la transfusión implicaba "un suicidio intensificado". Apelada esta decisión ante la Corte Suprema, ocurrió que la cuestión había devenido abstracta porque el enfermo, en contra de lo que los médicos habían dictaminado, había curado sin necesidad de transfusión. Pero como a través de las tres instancias, el proceso había durado largo tiempo, y cabía pensar que en otro proceso similar ocurriría lo mismo y la decisión final podía llegar tarde, los integrantes del Tribunal consideraron que era conveniente fijar los principios a cuya luz debían someterse casos similares y cada uno fijó su posición con votos individuales pero coincidentes en la solución final: juzgaron que era indispensable respetar una decisión fundada en respetables creencias religiosas, aunque ello pudiera significar la muerte. Era otra aplicación del derecho a morir con dignidad.

Pero la solución no es tan sencilla como parece. Veamos este caso. Una mujer había dado a luz en un parto muy difícil y con una gravísima pérdida de sangre. Ella y su marido eran también Testigos de Jehová y se opusieron a la transfusión de sangre indispensable para salvarle la vida. El padre recurrió a la justicia mediante un recurso de amparo y logró se ordenara al Director del Hospital que le practicara la transfusión, bajo apercibimiento de desobediencia. El cumplimiento de la orden judicial salvó la vida a la madre. Agregaré que este caso fue resuelto antes del fallo de la Corte Suprema antes citado. Pero creemos que las circunstancias tan peculiares del caso hacían inaplicable el criterio sustentado por la mayoría de los miembros de la Corte. Aquí no se trataba sólo de la vida de la madre, sino también del futuro del hijito recién nacido que hubiese quedado huérfano. En este caso, y en casos similares, debe tomarse en cuenta si la resistencia a someterse al tratamiento médico puede considerarse lógica y responde a una autodeterminación respetable, o si, por el contrario, es derivada de un injustificado e irracional fanatismo obnubilante de la voluntad. Pero la decisión de dejarse morir por causas serias y graves debe ser respetada. A propósito de esta decisión, dice Leman estas poéticas palabras: "No sabemos qué abismo insondable es la vida, menos aún qué es la muerte. Lejanía infinita, inmóvil perfección, hemos sido creados para morir y nuestro río existencial va a dar a ese mar de eternidad. Acaso la muerte sea un beso de Dios en nuestra frente. O una piadosa manera de decir basta".

Respecto del llamado consentimiento informado, suele presentarse este problema. El cirujano opera teniendo en cuenta la existencia de un determinado problema; pero al abrir se encuentra con otro mal no detectado, que también requiere intervención y del cual no ha consultado

al enfermo. La Corte de Casación francesa resolvió que si el cirujano se encuentra inesperadamente con un tumor cuya extirpación puede tener serias consecuencias, debe suspender la operación y consultar al enfermo, salvo necesidad absoluta de proseguir el cometido. Con razón Mazeaud y Tune observan que no es posible en esta materia sujetarse a principios rígidos, porque cuando la conveniencia de continuar la operación parece a criterio del cirujano indudable, la exigencia de suspenderla resulta una formalidad brutal frente a la perspectiva de realización de una nueva operación evitable de no exigirse el recaudo ritualista.

Finalmente, cabe referirse a otro grave problema que puede presentar el llamado consentimiento informado del enfermo. ¿Siempre debe el médico informar al enfermo la gravedad de su mal? Ocurre que la noticia cruda puede a veces golpear duramente sobre la psiquis del enfermo, e implicar un agravamiento de su estado general. Aquí entra a jugar la conciencia del médico. Por ello y con carácter excepcional, debe admitirse la decisión médica de ocultar su mal al enfermo.

En cuanto a la forma del consentimiento, nada dispone la ley. Por lo tanto, puede ser escrito o verbal, salvo el caso de trasplantes de órganos, en el cual la ley 24.193 exige el consentimiento escrito (arts. 15 y 16). Es necesario decir, sin embargo, que dado el aumento de demandas por responsabilidad médica, en algunos países se ha extendido la costumbre de que el médico exija el consentimiento escrito del enfermo, cuando se trata de operaciones graves o riesgosas. Esa costumbre no se ha divulgado en nuestro país. El consentimiento es casi siempre verbal. Más aún, el médico no tiene la obligación de probar el consentimiento verbal. Puesto que el paciente acude al médico, debe presumirse que esa conducta implica la existencia de un consentimiento al tratamiento seguido por éste. Lo que significa que la prueba de la falta de consentimiento quedará en la práctica a cargo del paciente.

Demás está decir que el consentimiento del paciente no cubre la responsabilidad penal del médico, si se trata de un hecho ilícito. Tal es el caso del aborto y de la eutanasia. En cuanto al primero, cabe destacar que para la legislación argentina, la vida comienza en el mismo instante de la concepción y desde ese momento tiene derecho a la protección de la vida. Es también la solución del Pacto de San José de Costa Rica (arts. 1 y 4) incorporado hoy a nuestra Constitución. Empero, el Código Penal argentino legitima el aborto en dos supuestos extremos: que sea necesario para evitar un peligro para la salud o la vida de la mujer embarazada o que el embarazo provenga de una violación o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente.

Otras legislaciones, en cambio, han legitimado ampliamente el aborto, sosteniendo que es una manifestación del derecho que tiene la mujer sobre su propio cuerpo; tal es el caso de los Estados Unidos, los países escandinavos, Francia, España, Inglaterra. Es una solución que repugna a la moderna sensibilidad del respeto de los derechos humanos. Lo que fundamentalmente está en juego, no es el derecho de la mujer sobre su propio cuerpo, sino el cuerpo y la vida del ser que lleva en su seno.

Para usar palabras de Teresa de Calcuta, si aceptamos que una madre pueda matar a su propio hijo ¿cómo podemos decirle a otros que no maten? Y agrega: "El país que acepta el aborto no está enseñando a su pueblo a amar, sino a aplicar la violencia para conseguir lo que quiere".

Reagan, siendo presidente de los Estados Unidos, dijo en 1983, que desde que se legalizó el aborto por fallo de la Suprema Corte dictado en 1973, han muerto en ese país más seres humanos por este crimen que en todas las guerras sufridas por la Nación en toda su historia, unos quince millones.

Considero pues, que la ley debe ser severa con los médicos que practican este delito, sin que el pedido de la madre excuse su responsabilidad.

La eutanasia plantea gravísimos problemas de orden ético a los médicos. Cuando el enfermo es terminal, cuando la ciencia no tiene ya soluciones, cuando a ese estado se agregan fuertes y quizás intolerables dolores ¿debe autorizarse al médico a poner fin a esa vida, librando su decisión a su ciencia y conciencia? El problema está discutido hoy en el mundo entero. Por mi parte, comparto la opinión predominante de que no puede dejarse librada a la conciencia de un médico la cuestión de privar o no de la vida a la persona. Tanto más cuanto que la experiencia ha demostrado que muchos enfermos considerados terminales, han recuperado luego su salud, ya sea porque el pronóstico médico era equivocado o porque en el curso de la enfermedad se descubren nuevas drogas que la curan. Considero indispensable requerir autorización judicial, que podrá darse previo dictamen de los médicos forenses.

El Código Penal argentino no prevé la eutanasia como figura peculiar: por tanto, el que lo consuma se hace pasible de la pena propia del homicidio simple; sin perjuicio, dice Rivera, que dadas las características de cada situación, pueda invocarse y valorarse circunstancias extraordinarias atenuantes, con miras a la graduación de la pena. A mi juicio, la buena solución la ha dado el Código Penal peruano, reformado en 1991, cuyo art. 112 incrimina con una pena no mayor de tres años a

quién mata por piedad, si se trata de un enfermo incurable que lo solicita de manera expresa.

Cabe recordar que en las antiguas costumbres camperas argentinas se llamaba "depenar" a la eutanasia, porque el homicidio se consumaba para quitar las penas o los sufrimientos al enfermo. Se consideraba un deber de amistad. Tales costumbres han desaparecido en nuestros días.

Pero hay casos en los que la decisión de suspender un tratamiento, linda con la eutanasia. El problema se planteó en los Estados Unidos en dos famosos casos: el de Karen Quinlan, mujer joven que estuvo durante siete años en estado vegetativo como secuela de una sobredosis de drogas, y era mantenida con vida en un respirador artificial; y el de Nancy Cruzan, mujer de 32 años, que estuvo en el mismo estado durante 8 años como consecuencia de un accidente de automóvil. En ambos casos los padres pidieron autorización judicial para suspender el tratamiento, con resultado diverso: en el primero se autorizó la suspensión, en tanto que en el segundo, la Suprema Corte de los Estados Unidos la negó. Creo que lo resuelto en el último caso por ajustada mayoría (cinco votos contra cuatro) es una solución deshumanizada: cuando a juicio médico la recuperación plena es imposible, el mantenimiento indefinido en estado vegetativo, es una verdadera crueldad. Y ya dije que inclusive la Iglesia Católica tan celosa del respeto de la vida humana, considera lícito suspender el tratamiento en esos casos. Es que no se trata ya de eutanasia, sino de poner punto final a un proceso vital completamente agotado. Claro está sin embargo, que los médicos no pueden proceder por sí a tomar esta decisión, sino que deben limitarse a aconsejarla a los representantes legales del enfermo o, en su caso, pedir autorización judicial.

Me he limitado así, a reseñar los más graves problemas que se suscitan hoy en torno a la responsabilidad médica. Un tema que hoy suscita un vivo interés de médicos y juristas.