

CAPÍTULO 32

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Mario Alberto Irazusta*

-Contribución especial-

1.- La responsabilidad profesional se plantea ante un daño

Se considera “profesional” a la persona física que ejerce una profesión. La profesión consiste en una actividad de carácter intelectual, que se ejercerá en forma preferentemente autónoma, aunque esto último no resulta excluyente.

El tema que se propone analizar, la responsabilidad civil por el daño causado en la atención del paciente, excede el de “mal praxis”, que consiste, “en la omisión por parte del médico de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con el paciente, omisión que da por resultado cierto un perjuicio al mismo o en la falta de pericia y cuidados razonablemente necesarios en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de las enfermedades, con daño cierto para el paciente.

Las cuestiones de índole jurídica que se suscitan en el ejercicio de la profesión médica constituyen una parte especial de la responsabilidad profesional y están, al igual que ésta, sometidos a los principios generales de la responsabilidad civil, que consiste en el deber de resarcir los daños ocasionados a otros por una conducta antijurídica.

2.- La responsabilidad profesional médica se configura por la conjunción de determinados elementos

La responsabilidad civil de los médicos se sustenta en los mismos presupuestos que son comunes a cualquier acto ilícito. De acuerdo a las circunstancias, le será aplicable el régimen contractual o extracontractual.

Estos presupuestos son:

- a) La acción o autoría.
- b) La antijuricidad.
- c) El daño.
- d) La relación causal entre el hecho y el perjuicio.
- e) La presencia de un factor de atribución subjetivo u objetivo.

La culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Código Civil).

Resulta aplicable como principio rector a la actividad médica lo establecido por el art. 902 del Código Civil: “cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

Por su parte el art. 909 del Código Civil prescribe: “ Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

*Abogado: Asesor Legal de Cámaras y Colegios del Sector Salud y de Compañía de Seguros de Responsabilidad Profesional.

No escapa al criterio del común denominador de la gente que la relación médico-paciente se da en un marco de confianza, que es depositada por el enfermo en el facultativo. Es así que por dicho motivo, a la hora de evaluar la conducta del galeno, se lo hará con mayor estrictez y severidad, máxime que se encuentra en juego el valor supremo de la persona, el valor vida y/o el valor salud.

La existencia de daño es uno de los presupuestos necesarios para que nazca la responsabilidad de un individuo en su quehacer profesional.

Se establece que es necesario un factor de imputación para atribuir jurídicamente el deber de reparar el daño injusto causado a otro. La culpa de los médicos se rige por las reglas generales de la especie, se rige por los mismos principios de la culpa en general.

La prueba de la relación causalidad (causa-efecto) entre el hecho del médico y el resultado dañoso queda, como regla general, a cargo del actor (paciente) que lo alega. Existirán casos, ante el resultado anormal o no esperado en el tratamiento, que el Juez podrá exigir la prueba al médico, toda vez que es la parte que en la relación conoce mejor los hechos o tiene los elementos en su poder para demostrar la verdad o la realidad de lo acontecido.

En materia de responsabilidad médica, se percibe en los últimos años una tendencia novedosa que apunta a una mayor protección de los pacientes y damnificados para revertir la concepción tradicional que exigía la demostración de la culpa y la causalidad, circunstancia descrita en la literatura jurídica como “prueba diabólica”.

Así se da la preeminencia de los derechos humanos, la protección de la salud en los textos constitucionales; hoy en día la Constitución Nacional (1994) consagra “nuevos derechos”, entre ellos el derecho fundamental a la preservación de la salud, con valor normativo, e impone al Estado y a los particulares el deber de tutelar la salud individual y de la comunidad.

Por otra parte, el moderno Derecho de Daños apunta a la protección del damnificado; desde una óptica casi unánime, la jurisprudencia pone la mirada y el acento sobre la víctima afectada. Así se expanden los derechos específicos de los pacientes en relación con la asistencia médica.

Hoy la responsabilidad por actos médicos conforma un capítulo en la temática de protección al consumidor y en el derecho constitucional a la salud. El campo más fértil de aplicación de normas protectoras ha sido el de la relación con las empresas de medicina prepaga.

Se han juridizado obligaciones que antes permanecían en el plano ético. La conducta contraria a las normas deontológicas es antijurídica. Las normas deontológicas que gobiernan y regulan la práctica profesional en beneficio del enfermo poseen valor jurídico, en tanto dan contenido a la regla rectora y al estándar de conducta. Quedan así articulados los principios éticos y jurídicos que definen la conducta esperada de cada parte con la otra y entendida la expectativa, así como la fidelidad escrupulosa con la palabra comprometida, con fundamento en la confianza, ingrediente regulador de la totalidad de las relaciones obligatorias.

3.- Las obligaciones de los médicos son definidas

Cuando los facultativos prestan sus servicios profesionales no se comprometen a obtener un resultado, sino tan solo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad. La obligación asumida por el médico en la atención del enfermo es de “medio” y no de “resultado”. En general, excepto en los casos de cirugía estética, aquél no se obliga a curar, sino a procurar la curación del enfermo. La naturaleza misma del ministerio del médico lo expone a menudo, a pesar de sus conocimientos científicos y conscientes esfuerzos, no solamente a ver frustrada la curación sino también a ver agravado el estado del enfermo. El buen sentido impide exigirle éxito, pues no está a su alcance prometerlo. Se le podrán exigir esfuerzos razonables para acertar, en función de sus conocimientos profesionales; pero no prometerlo de antemano. Es más, si lo hiciera, promete la curación, estaría incurriendo en una falta grave, sancionable legalmente.

Para establecer si se ha incurrido en incumplimiento de la obligación de prestar asistencia médica ha de primar un criterio restrictivo en la apreciación de la culpa. El sistema judicial no puede ser sino severo, muy estricto para sancionar como correspondiere el incumplimiento de un correcto ejercicio profesional, bajo el supuesto que la imputación sea evidente y de gravedad, motivada por un insólito proceder, falta notoria de destreza o un torpe error de tipicidad técnica o científica, como causas productoras de un daño cierto, digno de ser indemnizado.

Previo al acto médico se impone el deber de informar. La falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico puede determinar la condena profesional. Tal circunstancia alude, en especial, a los riesgos normalmente previsibles, no a los excepcionales. En estos casos, el consentimiento informado opera como un presupuesto esencial de la actividad terapéutica desarrollada por el médico.

La información al paciente, acerca de los riesgos acarreables por los estudios y/o el tratamiento a aplicar, debe ser prudente, apropiada, no debe perturbar mencionando peligros lejanos pues de ese modo lo que se lograría sería el temor innecesario y una mala disposición gratuita. La información debe circunscribirse a los datos ciertos y riesgos probables, explicándosele en qué consiste la práctica y las eventuales molestias a experimentar. Se estima que la prueba de haber producido el deber de informar le incumbe al médico, como obligación profesional.

La aparición de las empresas médicas (vg. asociaciones mutuales, empresas de medicina prepaga, servicios de asistencia médica al viajero, obras sociales) ha venido acompañada de una “formalización” del contrato de asistencia médica. Del contrato verbal, no formal, intuitu persona, celebrado entre el paciente y su médico se ha pasado a sistemas de contratación masiva, escrita, con estipulaciones generales sumamente detalladas y esquemas definidos de derechos y obligaciones de las partes unilateralmente predispuestos por las prestadoras.

4.- La litigiosidad indebida se ha extendido

La problemática de la denominada responsabilidad profesional médica, o comúnmente llamada mala praxis, está exhibiendo como hecho notorio un alto número de demandas judiciales, que más allá de tener un alto porcentaje de rechazos, prosperan alrededor de un 25% de las iniciadas.

Existen un gran número de demandas que no reúnen los requisitos mínimos de seriedad o verosimilitud desde un punto de vista científico técnico, las cuales son presentadas sin los adecuados fundamentos, solo por el hecho del resultado inválido final.

Por ello, aparecen un gran número de causas incentivadas como “industria del juicio”, reclamos que no tienen asidero o fundamentos serios. Si a la falta de argumentos serios, le agregamos la circunstancia que se reclaman montos exorbitantes en relación a lo que eventualmente puede prosperar en una acción, estamos en presencia de la figura de la “litigiosidad indebida”.

Uno de los fundamentos para solicitar al Poder Legislativo la limitación de los montos es precisamente lo expresado precedentemente. Si a esto, le agregamos la liviandad existente en la mayoría de los jueces para otorgar el denominado beneficio a litigar sin gastos, cierra perfectamente el círculo. Dicho beneficio ha sido instaurado procesalmente para asegurar el acceso a la justicia que todo ciudadano debe gozar, como una prerrogativa constitucional básica y fundamental, con el objeto que quien no tiene medios económicos para sufragar los gastos de un juicio no vea frustrada su expectativa de reclamar justicia por su caso particular. El otorgamiento de dicho beneficio, permite a quien se le concede no tener que abonar la tasa de justicia (3% del reclamo económico), honorarios de peritos intervinientes y por último los honorarios de los abogados de las partes, cuya regulación es la más importante.

El abuso de este loable instituto o figura procesal, se da cuando quien se muestra pobre para los Tribunales, vive holgadamente en la realidad, con más de un inmueble, contando con un ingreso periódico importante, vehículo automotor, y otros bienes.

La resolución de los beneficios de litigar sin gastos debería guardar correspondencia con lo reclamado en el juicio principal, ya que quizás el actor o el paciente fallecido era una persona muy mayor, jubilado, con una corta expectativa de vida y el monto de demanda es varias veces millonario.

Ello trae aparejado que un monto de reclamo injustificado lleva a mejorar una hipotética postura negociadora en una eventual conciliación o transacción, o sea el reclamante pide mucho para después pactar un arreglo en una suma muy menor, pero importante.

Cuando se otorga el beneficio y aún cuando la demanda se rehace, el 50% de los honorarios de los peritos los debe pagar el demandado, pese a haber ganado el pleito, por rechazo de la demanda. Esto es así, por cuanto los peritos pueden reclamar el 50% de su emolumentos a cada parte; por supuesto, que a la parte que tiene el beneficio a su favor, nada le pueden exigir, ya que está amparado por dicho beneficio.

Esta proliferación de juicios por responsabilidad civil de los médicos en la atención de los pacientes ha venido a incidir negativamente en la relación médico-paciente, ya que el profesional ve a un eventual enemigo, ante un simple resultado no esperado, producto a veces de la propia naturaleza finita de la salud del hombre o frente a la exigencia de la curación, como un desarrollo extremo en los últimos tiempos de un derecho a la curación, mas allá de las posibilidades ciertas que exhibe cada caso en particular.

En general, esto deteriora cada vez más la calidad prestacional en el sistema de salud y cuando se habla de recortar la litigiosidad Indebida no se pretende una reivindicación corporativa de un sector de los prestadores o de la sociedad, sino que se está hablando de la salud de la población en general, es decir, por la que es prestada en el sector estatal, semi privado y privado. Se ven afectados los recursos de todos los sectores de la salud, distrayendo los mismos hacia otros requerimientos, tales como abogados, seguros y gastos complementarios.

Con relación a los seguros, la alta litigiosidad ha motivado el retiro masivo de aseguradoras y reaseguradoras; esto se da porque si bien prospera el 25% de las demandas, ello puede significar grandes montos, máxime con las provisiones o reservas técnicas que deben efectuar ante la sola existencia de reclamos, esto es, un 30% calculado sobre el monto reclamado en cada caso.

Lo acontecido en los últimos quince años aproximadamente, exhibe una realidad de sanatorios cerrados, aseguradoras en liquidación, médicos que se insolventan, amén del retiro casi masivo de las compañías de seguros en este segmento del mercado de seguros, que deja de ser rentable y con un alto riesgo.

Teniendo en cuenta estas realidades someramente descriptas, los puntos que debieran, legislativamente modificarse son:

- a) **Reducción del plazo de prescripción de la acción:** en la actualidad la víctima de una defectuosa o reprochable práctica profesional cuenta con un plazo de 10 años desde la fecha del hecho o evento dañoso para iniciar el juicio respectivo. En cambio, si son sus derechohabientes o familiares (por muerte del paciente) la prescripción es de 2 años. El proyecto es de reducir en todos los casos a dos años de plazo la prescripción de las acciones personales por responsabilidad contractual derivada del ejercicio profesional.
- b) **Beneficio de litigar sin gastos:** con el objeto de atenuar las consecuencias derivadas del Instituto del beneficio de litigar sin gastos y a fin de evitar que se devenguen honorarios periciales a cargo de la parte condenada en costas, se propone la asignación de las pericias a los Cuerpos Técnicos Periciales (Asesorías Periciales Oficiales del Poder Judicial) en aquellos juicios en los que se solicite el beneficio de litigar sin gastos.
- c) **Limitación cuantitativa del informe técnico científico:** establecimiento de topes o baremos indemnizatorios específicos para los montos de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados del ejercicio profesional, asimilables a los del transporte aéreo, laboral y otras actividades.
- d) **Artículo 84 y 94 del Código Penal:** impulsar la modificación de los arts. 84 y 94 del Código Penal con el objeto de reducir penas previstas para las conductas emanadas o derivadas del ejercicio profesional de los médicos, diferenciando dicha actividad de las demás conductas culposas comprendidas en esos artículos.
- e) Exigencia de que los jueces deban recurrir en forma obligatoria a informes técnicos emanados de los cuerpos científicos mencionados en el art. 476 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (vg. Sociedades Científicas de cada especialidad, Academia Nacional de Medicina, Cátedras Universitarias).

Bibliografía Consultada

- Bueres, A. J., Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires, Hammurabi, 1992.
- Fumarola, L. A., Eximentes de responsabilidad civil médica. Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- Lorenzetti, R. L., Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1997.
- Mosset Iturraspe, J., Responsabilidad por daños. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2ª edición, 1992.
- Yzquierdo Tolzada, M., Responsabilidad civil del profesional liberal. Buenos Aires, Hammurabi, 1998.