

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

DR. D. FERNANDO BENZO MESTRE

Académico de Número de la Real Academia de Doctores de España

Dice el Diccionario de la Real Academia Española que: «responsabilidad es la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, así como el cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado.»

La responsabilidad es, pues, un precepto legal y moral, que nos obliga a ser consecuentes con los resultados, normales o anormales, de nuestros actos, y una norma social, que pone orden en las conductas humanas, Una sociedad de irresponsables es una colectividad donde reina el desorden y la impunidad.

Por ello, ha podido decir un sociólogo y moralista que la anarquía está en todas partes cuando la responsabilidad no está en ninguna.

Vivimos, más cada vez, en una sociedad de profesionales, es decir, de personas que practican habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive. El parásito, persona a quien la Academia Española define como el que vive a costa ajena, es, afortunadamente, un ciudadano a extinguir.

Por ello, el estudio de la responsabilidad profesional es un tema ubicuo, que está presente al mismo tiempo en todas partes y que nos afecta a todos.

El ordenamiento jurídico, con mayor o menor rigor, con más o menos casuismo, viene regulando la responsabilidad de todos por sus actos y omisiones en general, y la de los profesionales en particular, tanto en el orden civil, como en el penal.

En este ciclo de conferencias, promovido por la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España, sobre diferentes aspectos de la responsabilidad civil de los profesionales, se han abordado ya su teoría general y la de diversas actividades concretas. Yo no voy a repetir consideraciones ya formuladas y me voy a ceñir al aspecto singular de la Responsabilidad Profesional del Médico.

El doctor Gregorio Marañón, gloria de las ciencias y de las letras españolas, como proclama la placa colocada en la fachada de la casa donde vivió y murió, no fue solamente un eminente médico, sino, además, un gran humanista de rigurosos criterios deontológicos.

En el prólogo de un libro dedicado al tema que nos ocupa, afirmaba el Dr. Marañón que el que exista una responsabilidad en el médico, nadie puede dudarle, nadie lo ha dudado nunca y esta responsabilidad jamás ha dejado de existir. El médico estudia largos años para aprender a curar. Es pagado por el propio enfermo, por el Estado, o por las entidades benéficas, y está, por lo tanto, sometido a los mismos deberes y a las mismas posibles sanciones que cualquier otro profesional. Y es tal la trascendencia de su misión que cabe exigirle su buen cumplimiento por razones mucho más poderosas que las que se derivan de otros contratos.

Considera el Dr. Marañón que casi nunca puede exigirse a un médico responsabilidad por insuficiencia técnica en su ejercicio profesional, por la fundamental razón de que la Medicina es una ciencia inexacta, que está todavía en los comienzos de su evolución propiamente científica. Y lo es, sobre todo, y lo será siempre, porque, aun cuando llegue el día en que conozcamos las causas de todas las enfermedades y aun cuando lleguemos a saber el medio específico de combatir cada una de estas causas, existirá siempre el factor reaccional del individuo enfermo, infinitamente variable e imposible de acomodar a previas normas, y ese factor convierte todo tratamiento, aun el más rigurosamente exacto, en un azar, cuyo margen de posibilidades de error se puede, a fuerza de estudio y de experiencia, disminuir, pero nunca eliminar.

El Dr. Marañón cita, como casos vividos por él, el de un sífilítico seguro en el que, sometido a una dosis prudentísima de Salvarán, se produjo una encefalitis tóxica que le situó fuera de la vida activa, el de un joven diabético, diagnosticado con toda corrección y tratado con la mayor cautela, que sufrió un coma hipoglucémico gravísimo que dejó hemipléjico al paciente, y el de un síncope mortal en un hombre robusto, afecto de uretritis blenorragica, después de la inyección de una dosis casi insignificante de vacuna.

Caso distinto es el de la insuficiencia notoria, por parte del médico, de un determinado conocimiento diagnóstico o terapéutico, o de la imprudencia o timidez en la aplicación del tratamiento mismo, de lo que resulta un mal, incluso la muerte del paciente.

Sin embargo, estos supuestos de error médico son, curiosamente, los que menos veces han dado origen a cuestiones de responsabilidad, por la obvia razón de que la familia, o el propio enfermo, raramente son conscientes de la posible equivocación.

Muchos hemos leído aquel magnífico cuento de Turgueniev, en el que un médico, al salir aterrado por la certidumbre de haber dejado morir a un niño enfermo, al que no había diagnosticado acertadamente, recibe un agradecido apretón de manos de la llorosa madre, convencida de que su hijo murió por la voluntad divina, a pesar de los denodados esfuerzos del benéfico doctor.

Desde que existe la profesión médica ha estado en la conciencia social el imperativo de unos rigurosos mandamientos éticos, en una actividad que a todos nos afecta, en cuanto la salud es el mayor y más apreciado tesoro del ser humano. A lo largo de la vida nos balanceamos de la sanidad a la enfermedad y luchamos por mantener el equilibrio entre ambas. Y así dijo Aristóteles que la salud es la justa medida entre el calor y el frío.

El hombre ha buscado siempre una fórmula mágica para mantenerla, desde el prudente consejo de Cervantes: «Come poco y cena más poco, que la salud de todo el cuerpo se

fragua en la oficina del estómago», hasta la consideración de Horacio: «Si estás bueno del estómago, y no te duele ningún costado y puedes andar con tus pies, ninguna otra cosa mejor te podrían añadir todas las riquezas de los reyes».

Pero la salud, como todos los grandes bienes humanos, no se mantiene por sí sola y declina con el tiempo y con las enfermedades y, para conservarla necesitamos de otros hombres, que han hecho de la ciencia de la salud su profesión y ministerio. Y así, el médico surge en todas las culturas como el profesional más prestigioso y, a la vez, el más admirado y el más temido, el más alabado y el más zaherido. Desde quienes le atribuyen una misión casi sacerdotal—Petronio dirá que el médico es un consolador de las almas—, a quienes le contemplan con escepticismo* —Shakespeare reflexiona que la vida puede prolongarse con la medicina, pero la muerte se adueñará también del médico—, hasta quienes se enfrentan a la dura realidad de la caducidad de la vida terrenal —Goethe, en su obra Fausto, exclama que es fácil comprender que el espíritu de la medicina es estudiar a fondo el mundo grande y pequeño, para dejar que, en definitiva, discurran las cosas como Dios quiera.

El médico es —nos guste o no— un inevitable compañero de viaje a lo largo de nuestro incierto y azaroso caminar por la vida y tenemos que pedir su consejo y ayuda para mantenernos en ella el mayor tiempo posible y en las más óptimas condiciones. Por ello su misión es, junto a la del sacerdote de cualquier creencia, la más apreciada y a la que se le exige una mayor responsabilidad, tanto técnica como ética. El médico se ha sentido siempre depositario de una tarea humanística que le exige un espíritu de servicio a sus dolientes hermanos.

Ya en el siglo V antes de Cristo, Hipócrates, el más famoso médico de la Grecia antigua, fundó una ética y una moral médicas, explícitas en su famoso Juramento.

«Juro por Apolo médico y por Asclepio y por Higia y por Panacea y todos los dioses y diosas que cumpliré, según mi capacidad y mi criterio, este juramento. Me serviré del régimen que tienda al beneficio de los enfermos. No daré ninguna droga letal a nadie. A ninguna mujer daré pesario abortivo. Cada vez que entre en una casa no lo haré sino para bien de los enfermos, absteniéndome especialmente de trato erótico con cuerpos femeninos o masculinos. Si viviese u oyese algo que jamás deba ser revelado me callaré, considerando como secreto todo lo de este tipo. Si observo este juramento sin quebrantarlo séame dado gozar de esta vida y de mi arte y ser honrado entre los hombres, más si cometo perjurio succédame lo contrario.»

Maimónides, médico y filósofo judío español, compuso, ya en el siglo XII de nuestra Era, una oración en la que pide a Dios que llene su alma de amor por su arte, que no admita que la sed de ganancias o el afán de gloria le influencien en el ejercicio de su profesión. Que no vea en el hombre más que al que sufre, que mi espíritu se mantenga claro junto al lecho del enfermo. Que mis pacientes tengan confianza en mí. Que aleje del lecho de mis pacientes a los charlatanes y parientes que saben siempre todo. Que me otorgue la paciencia necesaria al lado de los pacientes apasionados y groseros. Y me dé fuerza y voluntad para ampliar mis conocimientos.

A lo largo de los tiempos y los países, Estados y agrupaciones han producido normas para conseguir estos deseos y para regular, proteger y exigir a los médicos el ejercicio técnico y ético de su actividad profesional.

En España, el Consejo General de Colegios Médicos promulgó, en 1.999, un Código de Ética y Deontología Médica que, en sus cuarenta y un artículos, regula la Deontología médica y atribuye a la Organización Médica Colegial la promoción y desarrollo de la Deontología Profesional.

No se trata aquí, porque ésto es sólo una conferencia y no un curso de estudios jurídicos, de exponer exhaustivamente el contenido del Código. Me limitaré a comentar los principales puntos de la ética médica, según los que la han estudiado, así como su interpretación por algunos Tribunales de Justicia.

Dividiré mi exposición en tres grandes apartados. El primero comprende los deberes que son exigibles al profesional médico en el ejercicio de su profesión. En el segundo expondré la objetivación genérica de la responsabilidad profesional. Y en el tercero hablaré de la supervivencia de la culpa como factor de atribución de responsabilidad.

Si bien con diferentes matices para cada especialidad, todo médico carga sobre sí con importantes deberes, cuyo incumplimiento engendra responsabilidad. Los deberes que tienen mayor interés con relación a este estudio son, en primer lugar, el deber de guardar secreto de las informaciones que recibiera durante la relación con el cliente.

Uno de los deberes esenciales de los profesionales es el deber de secreto profesional, es decir, el deber de no revelar datos relativos a la situación de su cliente o paciente o a las confidencias que el mismo le hiciera en ocasión de la consulta o cualquier otro acto profesional.

Bien ha dicho MAYAUD que: «La exigencia de secreto tiene una gran dimensión social, que normalmente coloca al obligado a resguardo de la persecución criminal; el secreto porta una gran importancia social, porque representa la confianza indispensable para ciertas relaciones. Significa para el orden social que la discreción y el silencio están asegurados, puesto que tales revelaciones se inscriben en una particular relación de confianza. Es en ese sentido que los médicos, los abogados y los sacerdotes fueron los primeros en ser reconocidos como depositarios de tales secretos, no para que sus funciones se beneficiaran con una legitimidad superior a otras, sino porque ellas representan mecanismos útiles para la misma sociedad».

En lo tocante específicamente al médico, éste tiene el deber y el derecho de guardar secreto de aquellos datos referentes a su paciente que llegaran a su conocimiento con motivo del ejercicio del arte médico. Este deber ha de ser compatible con la obligación de denunciar cualquier delito de acción pública que compete a los médicos y que se encuentra presupuesta en la ley y es, por ende, anterior en el tiempo a la supuesta obligación de reserva que pudiera contraer el facultativo al atender a un paciente.

Es decir, que si existe justa causa de liberación de la obligación de secreto, el profesional puede y debe poner en conocimiento de la autoridad la comisión de un delito. Pero si la misma no existe, la violación de este deber por parte del profesional compromete su responsabilidad, tanto civil como penal, además de anular la comunicación que el galeno hiciera.

La importancia de este deber de secreto es tal que ha sido protegido legalmente en cuanto a su ejercicio y sancionado penalmente en cuanto a su violación.

En segundo lugar está el deber de información y comunicación al cliente, directamente relacionado con el deber de requerir su consentimiento para determinada práctica profesional.

Así como el profesional tiene el deber de callar ante terceros ciertos datos, que le fueron revelados en el marco del secreto profesional —siempre que no configuren delitos de acción pública—, tiene la obligación de comunicar al cliente determinada información.

Con carácter general, LE TOURNEAU afirma que: «una obligación legal de información incumbe a todo profesional hacia cualquier posible contratante», agregando, luego, «especialmente cuando tratan con profanos».

Los deberes del profesional, con respecto a la información que recibe en el ejercicio de su profesión, pueden parangonarse a una moneda: el anverso nos muestra el deber de información que éste tiene para con su cliente, mientras que el reverso es el secreto profesional.

Ambos lados componen un todo cuya conclusión obvia es que el profesional no es el dueño de la información que recibe con motivo de sus actuaciones, ya que no puede divulgarla hacia terceros ni negarle al cliente el conocimiento de su situación legal, estado de salud, etc., según cada caso. Así, luego que el médico informa al cliente de su estado y pronostica su dolencia, le indica cuál es, a su juicio, su tratamiento para, por último, requerir su consentimiento para practicarlo. Por ello se ha dicho que la información del paciente resulta esencial para que éste pueda decidir, siempre que se halle consciente y que la urgencia no sea absoluta.

Es característica común a todas las modalidades de información profesional que su extensión, forma, contenido, nivel de comprensión, restricción, etc., debe adaptarse a cada situación concreta, sobre todo a la naturaleza de la prestación profesional y a las condiciones personales del cliente.

Es así que resulta capital, para la validez del consentimiento prestado por el cliente a la práctica aconsejada, una previa información sobre sus consecuencias, sobre otros cursos de acción posibles y sobre las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos.

El problema es que, como ha expuesto brillantemente ROMEO CASABONA, en el XII Coloquio de Derecho, celebrado, en 1993, en la Universidad de La laguna, «el deber de información a los clientes ha tenido, desgraciadamente con demasiada frecuencia, escaso cumplimiento en la práctica y en ocasiones insuficiente acogida en la legislación de algunos países, debido, entre otras razones, a una falta de sensibilidad sobre su trascendencia fáctica y jurídica...»

En tercer lugar, está el deber del médico de informar y comunicar ciertos datos al paciente, directamente relacionados con el deber de requerir su consentimiento para determinada práctica.

PLAZA PENADÉS, ha hecho un interesante juicio al exponer que: «el consentimiento informado se constituye así en un derecho fundamental o derecho humano positivizado, propio, singular y distinguible o diferenciado, siendo además una de las úl-

timas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, y manifestación necesaria o proyección de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física, derecho a la libertad personal y de conciencia, y manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad y de la autodisposición, dentro de los límites legales, sobre el propio cuerpo».

Como bien dice PALMIERI, «en el actual panorama de la profesión médica, caracterizada por un alto grado de tecnicismo y de especialización sectorial, el tema de la información al «cliente» o paciente asume una relevancia cada vez más importante desde el punto de vista deontológico».

El Tribunal Supremo, en una Sentencia del año 1995, ha sostenido que: «deontológica y legalmente todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica».

Y un autor de tanto prestigio como BILANCETTI ha llegado a expresar que: «La diligencia atañe, en materia de responsabilidad profesional médica, no sólo a la ejecución de la prestación debida sino también a la debida información, de parte del médico, para permitirle al paciente expresar un consentimiento consciente y eficaz. La información no es sólo un deber deontológico, sino que además constituye un aspecto distinto de la diligencia...».

Debemos aclarar que en varios países de Europa y América, este deber de información ha sido impuesto y desarrollado, sin contar con textos legales específicos, a partir de una jurisprudencia creativa que se fue acumulando capa tras capa, ante la insuficiencia de los textos legales, lo que lo convierte en una obligación social.

Según SAVATIER, el deber de informar o comunicar su situación al paciente, «nace de la especial relación de confianza entre médico y paciente comprendiendo como contenido la información de los extremos de la enfermedad —de manera que el enfermo pueda entenderlo— su tratamiento y la peligrosidad del mismo, si la hubiere, así como la de una intervención quirúrgica».

Como principio, el médico no puede efectuar ninguna intervención o tratamiento sobre el cuerpo de un enfermo sin obtener el consentimiento de éste. Obvio es que para obtener dicho consentimiento, el médico deberá informar al paciente sobre su estado de salud, pronóstico, y ventajas del tratamiento que aconseja; y, también, que para que el consentimiento sea válido, el médico deberá informarle las posibles desventajas del tratamiento, así como los riesgos que él implica.

Por ello, ha dicho con razón PORCHIE que «paralelamente a la obligación técnica de brindar al paciente un tratamiento consciente, atento y conforme a las verdades adquiridas de la ciencia, el médico debe requerir del paciente un consentimiento libre y esclarecido».

Como bien expuso PALMIERI, «el cliente, o mejor dicho el acreedor de la prestación profesional, es puesto más o menos indirectamente en medio de una elección de costo y beneficio, siempre ardua y difícil de comprender, asumiendo los riesgos previsibles. Para la validez de esta opción del paciente resulta fundamental, además de su cultura general, el suministro de información correcta por parte del profesional».

Es una verdad evidente que «todo consentimiento a un acto médico comporta en parte una aceptación de riesgos. Es por ello que el paciente debe estar convenientemente informado sobre aquello a que brinda su consentimiento».

Es obvio, por otra parte, que la profundidad y el caudal de información a suministrar al enfermo debe ser directamente proporcional a la entidad del riesgo que éste asume.

El paciente tiene que saber qué es concretamente lo que está consintiendo, la gravedad de su estado, el motivo de las prácticas que se le aconsejan, la urgencia de realizarlas, su posible evolución en caso de someterse a tales prácticas y en caso de negarse, el alcance de las intervenciones o tratamientos, los riesgos que conllevan, la modalidad, las consecuencias y los posibles efectos secundarios de la intervención médica proyectada y las eventuales alternativas del tratamiento.

La Corte de Casación italiana, en una Sentencia del año 1.994, ha precisado el alcance de esta obligación, afirmando que un consentimiento inmune de vicios no puede formarse sino después de haber tenido el paciente plena conciencia de la naturaleza de la intervención médica o quirúrgica, de su alcance y extensión y de sus riesgos, del resultado que espera conseguirse con ella y de las posibles consecuencias negativas; todo ello presupone una información completa por parte del médico o del cirujano. Sólo entonces el paciente podrá conscientemente decidir si someterse a la intervención u omitirla, efectuando un balance entre las ventajas y los riesgos del acto médico.

La Audiencia de Zaragoza en una Sentencia del año 1.995, en la que se citan dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 1.988 y 1.992, resolvió que: «El consentimiento del paciente ha de ser emitido con adecuada información previa de la intervención que se va a hacer y de los riesgos que conlleva, información que ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible, de forma que si así se hace, los riesgos quedan asumidos por el paciente que consiente, y, de lo contrario, el facultativo asume el riesgo por sí solo...».

Esta fórmula estereotipada de la exigencia del suministro al paciente de «una información objetiva, veraz, completa y asequible», constituye una constante en la jurisprudencia ibérica y ha sido aceptada como molde o paradigma conceptual por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Una distinción tradicional de la jurisprudencia francesa otorgaba efectos a la frecuencia estadística del riesgo, y así el médico no debía informar al paciente más que de los riesgos corrientes del tratamiento, y no de aquellos que se produzcan excepcionalmente.

Alguna doctrina había criticado este criterio por su subjetividad y falta de parámetros comparativos serios, lo que producía que el riesgo que, para una Corte de Apelación era considerado excepcional, era visto como corriente por otro Tribunal o entre distintas Salas de una misma Corte.

Pero, en Octubre de 1.997, la Corte de Casación de Francia profundizó su jurisprudencia de los últimos años, que venía agravando cada vez más la obligación de información a cargo de los médicos, proclamando que la información debe ser «leal, clara y apropiada» y debe ser inteligible para el paciente.

Admite explícitamente la jurisprudencia gala algunas excepciones al principio, tales como los casos de urgencia, imposibilidad, y de rechazo del paciente de recibir información; alguna doctrina francesa (SARGOS y LE TOURNEAU-CAIDET) han postulado que existirían otras excepciones implícitas a la regla general de información de todos los riesgos, aunque esta posición no ha ganado demasiados adeptos.

En realidad, ningún texto legal admite una limitación de la información sobre los riesgos del tratamiento, por el hecho de una fragilidad psicológica o espiritual del paciente. El art. 35 del Código deontológico médico francés legitima solamente, en interés del paciente, una disimulación del diagnóstico o del propósito cuando es grave; esta norma podría usarse por vía de interpretación para arribar al resultado que proponen SARGOS y LE TOURNEAU-CADIET, pero en realidad el mentado art. 35 no establece una excepción directa a la exigencia de información.

La Corte de Casación a través del precedente de 1.997, rompió el esquema clásico, reemplazando el criterio cuantitativo o estadístico tradicional, fundado sobre el concepto de riesgo corriente o estadísticamente significativo, por un criterio cualitativo, como es el de la gravedad intrínseca del riesgo de la información.

En fallos posteriores la Casación francesa ratificó anteriores criterios, resolviendo que excepto en casos de urgencia de imposibilidad o de rechazo del paciente a ser informado, un médico está obligado a brindarle una información leal, clara y apropiada sobre los riesgos graves referentes a los estudios y tratamientos que le propone, y precisó que: «el médico no está dispensado de dar información sobre la gravedad del riesgo por el solo hecho de que la intervención sea médicamente necesaria». En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado francés, juzgando que la sola circunstancia de que riesgos graves no se produzcan más que excepcionalmente no dispensa a los médicos de la obligación de informar al paciente sobre ellos. Pero, ¿qué información se debe suministrar al paciente? Podría decirse que tanto los Tribunales como la doctrina han sido, mucho más exigentes con los médicos de lo que son las normas de la deontología médica; está dualidad o dicotomía no debe asombrar, pero sí debe ser tenida en cuenta debidamente.

Las normas deontológicas médicas ponen el énfasis en el tratamiento, esto es, en no comunicar al paciente aquellos datos que puedan comprometer la eficacia del tratamiento, minando la confianza en su restablecimiento o mejoría; los fallos judiciales y la doctrina, en cambio, han hecho prevalecer el derecho del paciente a estar al tanto de su estado de salud, pronóstico y expectativas, por sobre otras consideraciones.

En nuestra opinión, debe seguirse una línea intermedia entre ambos extremos: ni liberar al profesional de la debida comunicación, ni exigirle que exponga al paciente a una dolorosa o traumática experiencia psicológica, donde se le comunique fríamente que los riesgos del tratamiento aconsejado son enormes y que, si se cumplen las estadísticas, sus posibilidades son escasas. Este tipo de sesiones son absolutamente contraproducentes desde el punto de vista médico, al minar la confianza del paciente, por lo que el aspecto jurídico del consentimiento informado no debe ser el único a tomarse en cuenta.

Coincidimos, en consecuencia, con el Prof. FERNÁNDEZ COSTALES sobre que deben evitarse dos males: hacer del médico o profesional sanitario un profesional inseguro y del paciente una persona vulnerable.

No puede olvidarse que el conocimiento médico es todavía limitado en punto a los sistemas espontáneos de sanación del cuerpo humano y no debe olvidarse que, por ejemplo, existen mecanismos como la reabsorción espontánea de tumores malignos, que literalmente rescatan de la muerte en el último momento a personas que la ciencia médica había desahuciado y sobre cuya curación no existen explicaciones ortodoxas ni convincentes.

Por ello, creemos que debe seguirse una línea media en esta materia, una bisectriz que pasa por la información veraz al paciente, pero de manera que el mismo comprenda su estado general, sin ser agobiado con la explicación de posibilidades remotas o de riesgos estadísticamente poco probables de acontecer en casos como el suyo.

Comentemos brevemente los efectos de la falta de información suficiente. El suministro de una información correcta y suficiente por parte del médico es condición indispensable para la validez del consentimiento del paciente, y la falta de esta información suficiente y adecuada implica un consentimiento viciado.

La Corte de Casación francesa, recientemente, ha establecido el principio de que el defecto de información, para comprometer la responsabilidad del médico, debe haber tenido incidencia sobre el consentimiento del paciente.

Como dice PLAZA-PENADES, «la falta de información es por sí sola fuente de responsabilidad civil para el médico, si por falta de información se produce el resultado que se quiso evitar o el resultado, previsible aunque infrecuente, del que no se informó».

En un caso en que la Corte de Apelación francesa constató que el médico no había informado a su paciente de un riesgo grave, que luego se produjo, de perforación intestinal inherente a una colonoscopia con ablación de un pólipo, sin embargo se rechazó la demanda de daños dirigida contra el profesional. Se consideró, que si bien era cierto que el profesional había faltado a su obligación de información, el paciente no había justificado ningún perjuicio indemnizable. La Corte sostuvo que el único perjuicio que había alegado el actor, que era el de perder la oportunidad de negarse a la intervención, no era un perjuicio indemnizable, por cuanto la operación debía realizarse, dado que el pólipo que se le descubrió al paciente tenía gran riesgo de degenerar en un cáncer.

Por último debe tenerse presente que, como apunta PENNEAU, en ausencia de toda culpa técnica, la sola culpa constituida por la falta de información no puede dar lugar a reparación del daño corporal resultante de una intervención.

Pero es evidente que el principal deber que se impone al médico es el de una actuación profesional diligente. Cuando se produce un resultado dañoso a consecuencia de una práctica profesional, suele alegarse que se ha infringido la «Lex Artis» o que el profesional de que se trata no ha cumplido con ella.

El Concepto de «Lex Artis» no es de nuevo cuño, pero desde hace un tiempo, al compás del paulatino incremento de las acciones de mala praxis médica, se ha generalizado su uso, llegándose hasta el exceso.

Cabe preguntarse por ello ¿qué es la Lex Artis?

El Profesor Dr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, la ha definido como: «Aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina —Ciencia o Arte médica—, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, para calificar dicho acto médico de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, como la eficacia de los servicios y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor por el resultado de la intervención o acto médico».

El objeto de la «Lex Artis» es el de fijar el standard de práctica profesional normal y ortodoxa para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar.

La jurisprudencia española utiliza recurrentemente en sus pronunciamientos la pauta de la «Lex Artis ad hoc», es decir, la técnica adecuada al caso concreto. Y así, por ejemplo, ha resuelto el Tribunal Supremo que la actuación de los médicos, a efectos de su declaración de responsabilidad, debe regirse por la denominada «Lex Artis ad hoc», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas, se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional.

El incumplimiento de este deber de actuación diligente, compromete la responsabilidad civil del profesional, a título de negligencia, de impericia o de imprudencia.

La impericia es una falta de saber teórico o práctico de la materia del propio oficio, es una ausencia de saber o de habilidad reprochable, dado que ejercer el arte o profesión sin ellas, constituye ya de por sí una amenaza general de producir daños. Impericia es la ausencia de los conocimientos normales que toda profesión requiere cuando se trata de un especialista. La negligencia es considerada como el descuido o falta de aplicación o diligencia en la ejecución de un acto o tarea puesta al servicio del acto profesional.

La imprudencia, consiste en una temeridad del sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podría desembocar su acción irreflexiva.

La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de vista del derecho —y como elemento o forma de la culpa— es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto o en un hecho humano puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión.

Para poner un ejemplo clarificador, existen diversas formas de negligencia médica, pero una de las más señaladas es el olvido de un elemento utilizado en el acto quirúrgico dentro del cuerpo del paciente.

Una vez expuestos los deberes del médico, en el ejercicio de su profesión, nos queda por examinar en qué casos su incumplimiento genera una responsabilidad, civil o penal, para él.

Dos teorías pugnan por establecer un criterio, para dilucidar cuándo el médico es responsable por su indebida conducta.

Una, es la teoría de la objetividad. Otra, es la de la culpa.

El proceso de objetivización de la responsabilidad —fenómeno que ha llegado a su cénit y comienza a decrecer— ha ido de la mano de una legislación especial cada vez más copiosa. También es indiscutible que se ha tratado de un proceso confuso por la falta de principios rectores, consolidados e inciertos en sus alcances, y por la difícil integración de las normas especiales en los principios generales de los Códigos Civiles clásicos.

La objetivación ha avanzado a golpes de legislación o por interpretaciones «creativas» de la jurisprudencia, que en algunos casos más propiamente podrían llamarse «deformantes». En países tan distintos como Brasil y España, la jurisprudencia ha pasado, de afirmar una filiación subjetiva de un determinado régimen de responsabilidad, a sostener su naturaleza severamente objetiva, sin que cambie una sola coma de los textos legales aplicables.

Dicha expansión interpretativa de la responsabilidad civil fue reconocida expresamente por nuestro Tribunal Supremo, que afirmó que: «No puede negarse la nueva tendencia de la responsabilidad civil consistente en orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales, basados en la doctrina de la culpa, por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos. Por ahora, basta señalar que, atendidos los términos del artículo 1.902 del Código Civil y la línea de la tradición jurídica española, nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil. Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos en las sentencias, denuncian una evidente tendencia tuitiva en favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpa, pues, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Sí, como ocurre también, se identifica la diligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento, llegamos a la conclusión de que los postulados clásicos han experimentado, de hecho, una vigorosa conmoción. Así lo explica y afirma como resumen la más reciente doctrina interpretativa del artículo 1.902 C.C.».

También doctrinalmente existe una importante tendencia, tanto en Europa como en nuestro país, que defiende la objetivización de la responsabilidad de los profesionales, especialmente de los médicos.

Dicha tendencia tuvo como un hito destacado el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial argentino de 1.987 que pretendió consagrar una norma como el proyectado art. 1.625, cuyo inciso 2º disponía que: En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado «sin culpa», en los términos del artículo 514. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena». La reforma no fue aprobada.

Dicha norma invertía la carga de la prueba en perjuicio del médico, instaurando —de haberse sancionado, que no lo fue— una objetivación del hecho; de haber regido esa norma, en caso de controversia, quedaba a cargo del profesional la prueba de haber obrado «sin culpa». La extrema dificultad probatoria para todos los profesionales que esta inversión

llevaba implícita generó un fuerte movimiento de opinión, que finalmente fue una de las causas principales para que el Proyecto no entrara nunca en vigor.

ROMEO CASABONA ha escrito que: «como perspectiva de futuro no debe desdeñarse una equilibrada tendencia hacia cierta objetivación de la responsabilidad civil también del profesional, como viene observándose desde hace años en otros ámbitos específicos de gran trascendencia social y colectiva se caracterizan por un mayor riesgo de la actividad (p. ej., el tráfico motorizado, el transporte marítimo y aéreo, la explotación de la energía nuclear). Estos procedimientos tendentes a la objetivación de la responsabilidad permitirían corregir la frecuente situación de desigualdad que se observa entre profesional y cliente cuando éste persigue que sea satisfecho por un perjuicio causado por la actividad de aquél, en particular por la dificultad ante lo que se suele tener que enfrentar para aportar medios de prueba suficientes que permitan acreditar ante el juez la existencia de culpabilidad del profesional, y la relación de causalidad entre su comportamiento negligente y el perjuicio sufrido por el cliente».

Respecto de los médicos, pero aplicable a los profesionales en general, el Magistrado del Tribunal Supremo, Sr. SANTOS BRIZ, en un voto particular, postuló que: «La obligación del profesional sanitario no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, ya que está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia (*lex artis ad hoc*) y la situación actual de los conocimientos en medicina. En este sector del resarcimiento de daños no es de aplicación la idea de responsabilidad objetiva, por lo que no puede prosperar la acción de responsabilidad si no se ha probado una culpa incontestable, patente, en el demandado, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes...»

A nuestro juicio, la culpa debe seguir —y de hecho sigue-siendo— el eje del sistema de responsabilidad civil, pero despojada del aspecto moral que algunos le atribuyen, convirtiéndose en una culpa objetivada, por así decirlo.

Por ello compartimos el criterio del Tribunal Supremo que en el año 2002, a partir de un voto del Magistrado Sr. O'CALLAGHAN, sostuvo que la responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales, o sistemáticos de calidad, «hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles, entre otros, se presuponen para el «servicio sanitario». Producido y constatado el daño., se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles, de manera no precisa, fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva».

Establecer como regla la responsabilidad subjetiva del profesional y la objetiva del centro asistencial en que el médico se desempeña, constituye un sistema coherente y armónico que permite afrontar adecuadamente el problema de la responsabilidad de los profesionales.

En cuanto a la teoría de la culpa como factor de atribución de responsabilidad es evidente que el requisito de la culpa ha impregnado tanto las prácticas sociales como la conciencia jurídica, que es poco menos que imposible poder abandonarlo. La culpa, para el común de la gente, sigue siendo la expresión de un sentido jurídico depurado.

El Prof. PANTALEÓN ha expuesto que: «contra el primado de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual se han escrito muchas simplezas... (pero) cuando el problema de la responsabilidad extracontractual se contempla como un problema interindividual entre dañante y perjudicado, la primacía de la culpa como criterio de imputación subjetiva resulta algo evidente. Lo he escrito antes: «Indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo».

Por tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio y considerando la cuestión como una pugna exclusivamente entre cada dañante y cada dañado, no es razonablemente discutible que la mejor de tales razones es que la conducta del dañante sobrepasó el límite del riesgo que nos permitimos los unos a los otros en la realización de ese tipo de conductas. Es decir, que éste incurrió en culpa».

Es un hecho comprobado que la responsabilidad objetiva no se ha impuesto como principio general sobre la responsabilidad por culpa.

No yerra MIR PUIGPELAT cuando afirma que: «La culpa sigue siendo, en casi todos los sistemas de responsabilidad civil, el criterio de imputación básico, la regla general, sólo exceptuada en determinados ámbitos sometidos —por Ley especial, normalmente— a responsabilidad objetiva. Y es que resulta indudable que en los últimos años se asiste a un verdadero resurgimiento de la responsabilidad por culpa».

Se puede afirmar, por tanto, que la culpa domina el derecho de la responsabilidad civil, pero no puede sostenerse que ella reine sin partenaire alguno, sino que comparte el territorio y se halla en una relación de coordinación con el riesgo.

La culpa fue y sigue siendo el principio general, y la responsabilidad objetiva una suma de excepciones, si bien de importancia. Con lógica impecable ALBADALEJO afirma que: «Nuestro Derecho Civil, como regla, acoge la responsabilidad por culpa; y sólo en algunos casos, como excepción, la responsabilidad objetiva... Que la regla general es la de responsabilidad por culpa se sigue del art. 1902 del C.C. que constituyendo el principio regulador de la materia, sólo obliga a reparar el daño cuando interviene culpa o negligencia de su autor».

Importantes juristas como DE CUPIS, DIEZ-PICAZO y PEÑA LÓPEZ, consideran también que la culpa asume el carácter de principio general de responsabilidad civil, salvo supuestos establecidos por un específico régimen de responsabilidad por riesgo.

Es una conclusión razonable de lo expuesto, que la culpa no ha podido ni podrá ser remplazada como eje de todo un sistema jurídico, y continúa siendo un valor insustituible para juzgar la conducta humana.

Finalmente, y como resumen a todo lo dicho, podemos seguir a JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN, que, en su obra, «Derecho de daños» afirma que: «...Las notas que, usualmente, caracterizan la responsabilidad profesional son las siguientes:

1. La responsabilidad profesional tiene una pluralidad de fuentes, ya que no cabe caracterizarla o incluirla, exclusivamente, como responsabilidad contractual o extracontractual. Diversas resoluciones jurisprudenciales la han tildado de «responsabilidad extracontractual derivada de contrato» admitiendo que la fundamentación jurídica de las reclamaciones se basará, tanto en el art. 1101, como en el 1902 del Código Civil.
2. La responsabilidad civil de los profesionales exige los mismos requisitos generales que se predicán de cualquier caso de responsabilidad, a saber: a) acto u omisión antijurídicos; b) producción de un daño; c) relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño; y d) culpa o negligencia o cualquier otro título válido de imputación.
2. La culpa del profesional no cabe incardinarla en la moderna teoría del riesgo, ni cabe aplicar a ella planteamientos objetivadores, ni aun postular en este terreno inversiones probatorias. Sigue respondiendo a los tradicionales criterios que exigen «culpa o negligencia», por cuanto la obligación del profesional no constituye una obligación de resultado, sino que tiende, simplemente, a poner los medios necesarios y la habilidad precisa en cada campo de actuación, esto es, lo que... denominamos «lex artis ad hoc», que no es sino la norma de conducta precisa a que deben sujetarse los profesionales en su actuar, atendidas las circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto. Dicha norma de conducta constituye una adecuada regla para medir la conducta profesional, y que toma en consideración diversos parámetros, esencialmente: a) la adecuación de la conducta con la técnica normal requerida; b) la capacidad técnico-profesional del experto y c) la adaptación al caso concreto.
3. Corresponde al perjudicado probar la existencia del daño, su cuantía o extensión, la intervención del agente en su producción, su falta de diligencia y el nexo causal preciso, y, ello, de acuerdo con el principio general que en materia probatoria establece el art. 1214 de nuestro Código». En nuestro concepto, la responsabilidad de los profesionales habitualmente queda comprometida por su hecho personal, de forma tal que el factor corriente de atribución es subjetivo y será necesario entonces que quien con su conducta fue el autor material del daño causado, pueda además ser tenido como culpable del mismo, sea por haber mediado de su parte dolo, o más frecuentemente, culpa o negligencia.

Para terminar, vuelvo a las consideraciones del Dr. Marañón en su prólogo sobre la responsabilidad profesional del médico.

Allí, el doctor confiesa, cosa algo inesperada, que uno de sus libros primeros y más breves, titulado «Vocación y Ética», es el que más le satisface de todas sus obras. Allí decía que la terrible decadencia que él percibía en la profesión médica, se debía al error de los que van a ella no por vocación verdadera, sino por el espejismo de la brillante posición, material y social, de los médicos afortunados, ya que si se arroja por la borda, como una antigualla más, el concepto sacerdotal del médico, la supremacía de la vocación para ejercer su arte, entonces no se tiene derecho a quejarse de que se exijan responsabilidades por defectos en el ejercicio profesional.