

Título: Eximentes de responsabilidad médica en los supuestos de error excusable, caso fortuito y fuerza mayor, conducta del enfermo y fracaso del tratamiento.

Autor: Taraborrelli, José N.

Publicado en:

Cita Online: 0003/002253

SUMARIO: I. Introducción. - II. Opiniones doctrinarias del error médico excusable. - III. La existencia de riesgo posible en el acto médico como exento de culpa. - IV. El caso fortuito y la fuerza mayor. - V. Conducta del enfermo como eximente de responsabilidad médica. - VI. Fracaso del tratamiento

I. INTRODUCCIÓN

I.a) El homenajeado

Es un honor rendir homenaje al distinguido jurista Dr. Augusto Mario Morello, a través de esta monografía, quien se ha entregado de lleno a la vida jurídica, siendo un verdadero ejemplo de docencia, que todos los hombres del derecho debemos imitar.

He considerado oportuno, como mono-tema, abordar la cuestión de "Las eximentes de responsabilidad médica en los supuestos titulados", pues son pocos los juristas que se han ocupado de ello, siendo relevante encarar el asunto desde la óptica de la defensa del médico, ya que al fin de cuentas es un profesional como nosotros.

I.b) Concepto

El profesional de la medicina, demandado por el paciente por una acción de daños y perjuicios, puede argumentar y acreditar para eximirse o exonerarse de responsabilidad, que el hecho dañoso invocado no configura la clásica tipificación de falta médica o mala praxis, o bien que no existe relación de causa-efecto entre la falta médica imputada "conducta médica" y el daño causado: Si bien esa prueba negativa puede resultar difícil de producir, el galeno deberá orientar su defensa en el sentido de acreditar la existencia de una causa o suceso por el que no debe responder, o sea una causa extraña a la conducta científica medical.

De este modo y forma se pueden dar distintos supuestos que eximen al médico de toda responsabilidad civil, que más abajo se tratan y son:

- a) El error excusable.
- b) El caso fortuito y la fuerza mayor.
- c) Conducta del enfermo.
- d) Fracaso del tratamiento.

a) El error excusable:

Reza el art. 929 CC. que el error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable.

En la nota a dicho artículo, el codificador Vélez Sarsfield cita a Savigny, quien dice: "...Se da por motivo, del favor concedido al error de hecho, porque comúnmente es difícil y aun imposible el evitarlo: "cum facti interpretario", dice la ley romana "plerumque etiam prudentissimos faller" (L. 2, tít. 6, Lib. 22, Dig.). Por consiguiente este favor no debe concederse al que es culpable de una gran negligencia (L. 3, 1, L. 6, 2 Dig. Ed.). Para hacer la aplicación de esta disposición restrictiva, es necesario tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso en general; el que se engaña sobre sus propios actos, o sobre su propia capacidad de derecho, no puede invocar este error, porque él supone una gran negligencia (L. Dig. "Eod", L. 42. dig. "De reg. Juris"); pero esto no es más que una presunción porque semejante error es algunas veces admisible, sea a causa de la posición particular del sujeto, sea a causa de las circunstancias especiales del negocio (L. 1, 2, Dig. "Eod", Apéndice 8, n. 3).

El codificador argentino clasificó la ignorancia o el error en: ignorancia o error de hecho, que a su vez puede ser esencial o accidental.

I.) Ignorancia o error de hecho

Consiste en el desconocimiento o falsa noción del acto que se ejecuta o se deja de ejecutar, sobre algún factor o elemento de él, o las circunstancias que rodean su ejecución (1).

II.) Ignorancia o error de hecho esencial

Expone Abelenda, que nuestro Código Civil no da un concepto de error esencial y sólo enuncia diversos supuestos que corresponden a esa categoría, determinantes de la anulación de los actos jurídicos, siendo los

siguientes:

a) Error sobre la naturaleza del acto jurídico: "...Anula todo lo contenido en él... ". Así lo dispone el art. 924 CC. Se da este tipo de error, también denominado "in negotio", en doctrina cuando por ejemplo prometemos a alguien prestarle una cosa (darle en uso) y él entiende que se la donamos: Aun cuando el art. 924 no lo diga expresamente, se debe entender que se trata de un error esencial, porque anula el acto jurídico. El ejemplo es el que da Vélez Sarsfield en la nota al referido art. 924 (2).

b) Error sobre la persona: El art. 925 CC. estatuye: "es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona con la cual se forma la relación de derecho".

c) Error sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se tuvo en mira: "El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad y deja sin efecto lo que en el acto se hubiera dispuesto" (art. 926 CC.).

III.) Error de hecho sobre alguna cualidad accidental de la cosa o accesorio de ella

Dispone el art. 928 CC. : "El error que versase sobre alguna cualidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquiera otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de condición".

El precepto transcrito consagra como regla general la inexcusabilidad del error que recae sobre alguna cualidad accidental de la cosa o sobre algún accesorio de ella, pero como excepción señala que será determinante de la invalidez del acto jurídico: a) cuando la calidad hubiese sido garantizada por la otra parte; y ello tiene su razón de ser en la circunstancia de que en tal supuesto la cualidad accidental o especial fue elevada contractualmente a la categoría esencial o sustancial; b) cuando el error proviene de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error el acto no hubiese sido celebrado. Este, en rigor de verdad, no es un supuesto de error propio, sino de uno provocado, que recibe la denominación de "acción dolosa"; c) cuando la calidad de cosa, lo accesorio de ellas o cualquier otra circunstancia tuvieren el carácter expreso de una condición. En tal supuesto, como lo señala Segovia, dice Abelenda, si existe una condición o un cargo, se observarán las reglas de los arts. 527 y 565 CC., y no se tratará de un error (3).

A.) Excusabilidad e inexcusabilidad del error o ignorancia del hecho

El citado art. 929 CC. , de aplicación no sólo en el ámbito de los actos jurídicos, sino en el de todos los actos voluntarios, lícitos o ilícitos, estatuye: "El error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable".

Conforme este precepto, para que justifique una conducta el error de hecho, que debe ser esencial, de acuerdo a lo establecido precedentemente, y sea determinante de la anulación del acto jurídico celebrado en virtud de él, o eximente de responsabilidad por actos ilícitos del agente, es indispensable que haya habido "razón para errar" -se debe entender que justifique- y que la hay, cuando el agente obró con prudencia y diligencia y no obstante lo cual se formó una noción falsa o equivocada del hecho o de alguno de sus aspectos o de las circunstancias que rodearon a su realización, en virtud de obstáculos que con su normal y corriente proceder, no pudo superar (4).

De este modo se sigue, de acuerdo con nuestra opinión, que cada caso deberá ser juzgado a la luz del art. 512 CC. , considerándose la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y con el complemento y bajo la lupa del art. 902 CC. , que preceptúa: "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. Y de esta manera o modo se determinará si hubo o no culpa propia en el agente, ya que el citado art. 929, también establece que el error de hecho: "... no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable".

B.) Consecuencias del error de hecho excusable en el ámbito de los negocios jurídicos y por tanto de los contratos: (carga de la prueba)

Según redacción del art. 1045 CC. se declaran anulables los actos jurídicos que tuviesen "vicios de error", y los arts. 924 a 927 del ordenamiento civil, refiérense a varios tipos de error de hecho, estatuyendo que se: "...anula el acto jurídico...".

Ahora bien, con referencia a la carga probatoria, opinamos que quien invoca el error de hecho deberá

probarlo, y podrá emplear cualquier medio probatorio para ello.

II. OPINIONES DOCTRINARIAS DEL ERROR MÉDICO EXCUSABLE

Sucintamente abordaremos tres opiniones referidas a la temática tratada, motivo de este ítem, a las que se las ordena así:

a) Opinión de Mosset Iturraspe

Expone que el error o ignorancia, el conocimiento falso o equivocado, o bien la falta de conocimientos, han sido con frecuencia invocados para justificar daños emergentes del hecho médico. No se trata de cualquier error, de una ignorancia supina, grosera, sino de errores excusables, es decir admisibles, no culpables; debidos, más que a negligencia, desidia, abandono, descuido o estulticia del médico, a la complejidad del asunto, a lo opinable, lo conjetural o problemático del asunto. El tema tiene que ver con la "empresa aleatoria" o "fortuita", que en ocasiones tiene que enfrentar el médico (5).

Mosset Iturraspe observa que el error se invoca en el ámbito contractual y no en el extracontractual, y agrega, como se alega para justificar una conducta, como causa de inculpabilidad y no como causa de nulidad del contrato, creemos conveniente agregar algunas consideraciones a las ya expuestas. Y nos enseña que tiene que ver con la buena fe que ilumina toda la vida del contrato y con el cuidado y previsión que la ley exige de los contratantes (art. 1198 parte 1a. CC.) (6).

El error excusable en la hipótesis de existencia de una "razón para errar", tiene que vincularse necesariamente con lo fortuito, con lo que no puede ser previsto, ni empleando la debida atención y cuidado, y de allí que sea eximente de responsabilidad. Pero eso es excepcional en el campo del incumplimiento de un deber nacido de un contrato. Porque semejante deber, en la hipótesis que nos ocupa, el deber de médico, es asumido con plena conciencia y libertad; y el deudor tiene que estar preparado para cumplir, en la posesión de los conocimientos necesarios y de la técnica adecuada.

La prueba de la "razón de errar ", dice Mosset Iturraspe, debe desprenderse de las circunstancias predominantes objetivas, es a cargo del deudor. Porque esa prueba es la eximente de liberación y en el terreno contractual el deudor no se libera demostrando su no culpa, sino convenciendo al juez de la presencia de hechos ajenos, extraños, que se sitúan -apunta el autor citado- fuera de su conducta, causas que se encuentran fuera de la salud del paciente, que le han hecho creer algo que no era verdad, que le han ocultado la realidad o bien que no pudo descubrirla a tiempo, que ignoró pese a su diligencia. Un verdadero casus (7).

b) Opinión de Yungano

Dice este autor que, en el caso del "error médico" excusable, ello significará la eximición de responsabilidad, y no como podría ocurrir en otros campos jurídicos, la invalidez del acto. El error excusable -refiere- implica la falta de culpa y la existencia de una razón admisible para errar, si bien este puede vincularse con un evento fortuito (8).

Observamos que también, al igual que Mosset Iturraspe, introduce el concepto del "casus", que juega un rol importante, a los efectos de justificar el error médico excusable.

Queda comprometida la responsabilidad del médico cuando se trata de un error grosero de diagnóstico, o sea el producto de un examen insuficiente del enfermo; pero si se está en presencia de un caso dudoso o raro con evolución atípica y signos clínicos cambiantes -nos enseña Yungano-, estas circunstancias pueden determinar un incorrecto -pero excusable- diagnóstico, especialmente al inicio del cuadro, que no podrá afectar la responsabilidad del profesional (9).

c) Opinión de Riú

La distinción existente entre el médico que incurre en error de diagnóstico por haber, por ejemplo, examinado insuficientemente a su paciente, y comete en este caso un grave desacierto si el resultado disvalioso obtenido lo consideramos error. Es evidente que aunque en apariencia pueda en este caso considerarse la comisión de un error, en realidad al desacertado diagnóstico no se ha llegado por error, sino por negligencia, consistente en no haber efectuado el examen del paciente como correspondía, y por lo tanto le corresponde calificar la conducta médica como culpable y no la gracia del error (10).

Muy distinto -apunta Riú- es el caso en que el médico obtiene un resultado dañoso porque los conocimientos de su arte, los alcances técnicos, sean todavía de insuficiente nivel, o la afección desconocida que presenta el paciente constituya materia opinable, y entonces, ese resultado se deberá a un error científico, configurándose una situación inculpable (11).

El nombrado médico legista cita como ejemplo que, antes de que Roberto Koch, en 1882, descubriese el bacilo ácido-resistente que lleva su nombre como el agente productor de la infección tuberculosa, motivando

con ello el estudio y posteriores hallazgos terapéuticos apropiados, todo paciente tuberculoso podía aspirar, como máxima terapia, a ser confinado en una reposera de algún sanatorio serrano y sobrealimentado. El resultado era un desmoralizante índice de mortalidad (12).

Obviamente dicha terapia constituía un verdadero error científico que fue practicado por los médicos más ilustres de esa época.

Concluye Riú que el error debe ser de la medicina y no del médico. Ese es el único error que puede existir en el ejercicio de la profesión médica, ajeno al profesional, debido exclusivamente al nivel alcanzado por la ciencia en la época en que le toca vivir (13).

d) Nuestra opinión

El médico debe actuar con cuidado y previsión en su obrar, poniendo de sí todos los cuidados que su paciente requiera, y adoptar todas las medidas previsionales que correspondan y brindar todos los elementos que la ciencia médica le ofrece en ese momento histórico en el cual se realiza la prestación.

La "razón para errar" se constituye en un elemento de fundamental significación, desde la óptica jurídica; puede ser la base probatoria en la que el profesional de la medicina deberá apoyarse con objetividad, en la oportunidad de hacer valer su defensa, con fundamento en el error científico excusable, como eximente de responsabilidad.

Entendemos que, en los casos de olvido de una pinza en el vientre del paciente, la mala técnica empleada en la aplicación de una inyección, o la equivocación al escribir el nombre de un medicamento -en el acto de la prescripción- en la receta o recetario profesional médico, no son casos de errores excusables; todo lo contrario, constituyen distintos supuestos de culpa médica inexcusable.

Ahora bien, Mosset Iturraspe, citando a la doctrina italiana, dice: "El error científico eximente de culpa debe consistir en un imperfecto conocimiento de la enfermedad o en una insuficiencia de diagnóstico, pero no en una personal ignorancia de la literatura médica o en un errado y propio convencimiento; el imperfecto conocimiento de la enfermedad y la insuficiencia del diagnóstico deben ser hechos objetivos y no venir determinados por la falta de preparación subjetiva del médico asistente (14).

El mismo autor señala que para la doctrina del common law extractada de las decisiones judiciales, el médico puede defenderse de la acusación de negligencia demostrando: a) que su actuación se ha ceñido a las "prácticas aprobadas" (approved practice); b) que su actuación ha obedecido a un razonable y honesto "error de juzgamiento" en cuestiones opinables; c) que el resultado se ha producido por culpa imputable al propio paciente (14 a).

Se incurre en error científico o profesional mediante acción u omisión; siendo razonable distinguir el error científico, que recae sobre problemas científicos o técnicos de especial dificultad, calificados de opinables, en consideración al estado de evolución de la ciencia médica, y problemas científicos o técnicos ordinarios y no singularmente difíciles.

Si el supuesto error es, en rigor, de apreciación subjetiva, por el carácter discutible u opinable del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, que no genera responsabilidad (15).

a) Derecho comparado

1 - El error en el derecho civil español

Dispone el Código Civil Español en su art. 1266, que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

2 - Los problemas técnicos de especial dificultad en el Código Civil italiano (Irresponsabilidad del prestador en caso de culpa leve)

El art. 2236 del CC. italiano, bajo el título: "Responsabilità del prestatore d'opera", dispone en su versión original: "Si la prestazione implica la soluzione de problemi tecnici di speciale difficoltà, el prestatore d'opera non risponde del danno, se non in caso di dolo o di colpa grave".

Traducido al castellano dice: "Responsabilidad del prestador de obra. Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o de culpa grave".

Vale decir entonces que para la ley italiana no se responde civilmente por los daños causados como

consecuencia de problemas técnicos o científicos de especial dificultad, de alta complejidad, o los experimentales, donde el resultado aleatorio está latente, el suceso imprevisible provoca daño, el caso fortuito aparece en forma extraordinaria, surgiendo tácitamente que no se responde de la culpa leve.

III. LA EXISTENCIA DE RIESGO POSIBLE EN EL ACTO MÉDICO COMO EXENTO DE CULPA

En la puja procesal, el médico demandado podrá anticiparse demostrando la no culpa o bien la causa ajena (16), o establecer la existencia como riesgo posible exento de culpa; concluyendo la jurisprudencia que: "...La lesión del nervio radial es uno de los riesgos habituales de la intervención quirúrgica practicada a la demandante, riesgo que se vió aumentado en el caso que motiva este proceso porque los planos anatómicos se encontraban alterados por las adherencias posoperatorias con motivo de la primera intervención y de la pseudoartrosis existente, lo que dificultó el aislamiento anatómico del nervio radial para preservarlo de las maniobras quirúrgicas que exige una operación de pseudoartrosis. Por lo tanto no puede atribuirse culpa al médico que operó por la producción de aquel hecho" (17).

IV. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

El art. 513 CC. establece: El deudor (médico en nuestro caso), no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor (paciente) por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resulten de caso fortuito o de fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o este hubiera ocurrido por su culpa o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por el caso fortuito o fuerza mayor".

A su vez el art. 514 del mismo ordenamiento civil -que no define la fuerza mayor- expresa que: Caso fortuito es el que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse.

El Codificador Vélez, en la nota al art. 514, cita a las Partidas, al Código romano, en donde se señalan los casos fortuitos o de fuerza mayor que son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza o por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales, por ej. la impetuosidad de un río que sale de su lecho, los terremotos o temblores de la tierra, las tempestades. Los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong que, por su intensidad no salgan del orden común. No se debe por lo tanto calificar como de caso fortuito o de fuerza mayor los acontecimientos que son el resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los ríos, etc.; pues las estaciones tienen su orden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que también traen daños imprevistos.

Sigue el codificador diciendo, los casos de fuerza mayor son los hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza mayor del príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos.

En el último párrafo de la citada nota, Vélez habla de "casos fortuitos previstos", pero no debe entenderse de una previsión precisa, conociendo el lugar, día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra, sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá.

Por eso el art. 1773 del C. francés dice: "La estipulación que pone los casos fortuitos a cargo del tomador de una hacienda de labranzas, no se entiende sino de los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca y no de los casos fortuitos extraordinarios como la guerra, los terremotos, etc."

El derecho y en las doctrinas moderna, tienden a asimilar las nociones de caso fortuito y fuerza mayor, como sinónimos, pues sus efectos son idénticos; eximir de responsabilidad al deudor. Este criterio de equiparación está consagrado jurídicamente en el art. 1570 CC.

a) Caracteres constitutivos del caso fortuito y la fuerza mayor

Los caracteres constitutivos del caso fortuito y la fuerza mayor, para que queden configuradas ambas nociones, como eximentes de responsabilidad civil, son los siguientes:

1. Hecho imprevisible

Será imprevisible el suceso, cuando supere la aptitud normal de previsión que es dable exigir al deudor, en función de sus condiciones personales y la naturaleza de la obligación.

Es el suceso que sale del curso ordinario, normal, regular, natural y habitual de las cosas; es el acontecimiento extraordinario, no imputable, imprevisto e inevitable.

3. Hecho inevitable

Se considera inevitable cuando el deudor sin culpa de su parte y enclavado en la circunstancia que le sea propia, haya sido impotente para impedir el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación (18).

Nos indica Yungano que, cumplidas o demostradas la imprevisibilidad y la inevitabilidad, estas dos condiciones, el "casus" constituye eximente de responsabilidad, lo cual es materia de decisión judicial. Y agrega, si bien cuando está en juego la salud o la vida de las personas, hay una natural predisposición a juzgar con severidad y rigor la actuación profesional, lo que no es objetable, no debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre una álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad. Este criterio fue sustentado en un fallo de jurisprudencia publicado en ED 77-247, pronunciado por la C. Nac. Civ., sala E, del 19/12/77, caratulado: "Salem, Isaac v. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A."

El juez Yungano tuvo oportunidad de sentenciar un caso, confirmado por el Tribunal de alzada, en el cual consideró que se habían dado los presupuestos del caso fortuito. Se trataba de un paciente que padecía de convulsiones epilépticas de vieja data y que se internó para ser sometido a una operación que controlara aquellas convulsiones, la que se realizó pero sobrevino una hemiplejia izquierda. El sanatorio demandado, pidió el rechazo sobre la base de que el médico no tenía relación de dependencia y negando que éste hubiera actuado con negligencia profesional. No se había accionado contra el cirujano. La sentencia consideró en primer término la presunta responsabilidad del sanatorio sobre la base de la falta de relación laboral con el médico, descartando sus argumentos y llegando a la conclusión de que cualquiera fuere la intervención del sanatorio -en el caso se consideró que se estaba en presencia de una estipulación a favor de terceros en los términos del art. 504 CC. -, éste quedaba incurso en responsabilidad, pero para que ello ocurriera era menester demostrar, previamente, la culpa del médico. Examinadas y valoradas las pruebas, en particular la peritación médica, consideró que el tratamiento a que había sido sometido el enfermo, una resección en lóbulo temporal, era de común aplicación en los centros neuroquirúrgicos; que la operación había sido correctamente ejecutada, confirmado ello por la idoneidad del equipo que atendió al paciente, y que el fracaso del tratamiento, en cuanto a la aparición de la hemiplejia, se debió a factores aleatorios y no a negligencia o impericia de los médicos, considerando el evento de autos como accidente quirúrgico inimputable a los profesionales de acuerdo con la circunstancia prevista en el art. 513 (caso fortuito), al que además se agregó, el riesgo propio de una operación tan grave como la que se practica al paciente, rechazándose, en definitiva, la acción. Es el caso: "Montoya, Manuel Pascual v. Institutos Médicos Antártida s/daños y perjuicios "; Juzgado Nac. de 1a. instancia n. 15, sentencia fechada 29/8/78, confirmada por la alzada el 24/4/79, n. 253010 (19).

El criterio de valoración "del álea y del riesgo" -quirúrgico- fue expuesto en un fallo de la C. Nac. Civ., sala E, 19/12/77 (ED 77-246) al expresarse que: "en toda profesión concerniente a la salud existen siempre riesgos o áleas, que excediendo ciertos límites no sería justo ni razonable transferir al profesional, ubicándolos en el ámbito de su responsabilidad. Aun cuando el cirujano observe rigurosamente las reglas de su arte y ponga todos sus conocimientos y habilidades al servicio del paciente, puede presentarse un riesgo quirúrgico imposible de prevenir y curar" (20).

4. Hecho ajeno al deudor (médico)

No hay caso fortuito si el hecho que obsta al cumplimiento se relaciona con la persona del deudor, ya que habría culpa y no caso fortuito, si el deudor (médico) crease con su propia actividad el hecho obstativo del cumplimiento de la obligación. La relación ha de referirse a la actividad consciente del deudor, con exclusión de la actividad instintiva o fisiológica. Así hay caso fortuito si el incumplimiento se debe a una enfermedad involuntariamente contraída por el deudor (21). Debe existir inimputabilidad por parte del deudor, vale decir para que el evento constituya "casus" tiene que ser ajeno a la conducta del deudor.

5. Hecho actual

El hecho debe ser actual, es decir debe ocurrir al tiempo que debiera cumplirse la obligación. No se exime de responsabilidad al deudor (médico) si el obstáculo para el cumplimiento es puramente potencial o eventual.

6. Hecho sobreviniente a la constitución de la obligación

El impedimento de la ejecución de la obligación ha de acontecer con posterioridad a la constitución de la obligación. Si existía ya en ese momento y el deudor no lo conoció, la obligación no ha llegado a formarse por imposibilidad de su objeto. Si el deudor conocía el impedimento y a pesar de ello se obligó, hay culpa de su parte en especular con la desaparición del impedimento y no puede entonces invocar el caso fortuito (22).

7. Obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación

El obstáculo debe ser absoluto. La mera dificultad para el cumplimiento no exime de responsabilidad al deudor; es necesario que se configure una verdadera imposibilidad. Si ésta es definitiva, el deudor queda liberado; si es transitoria, el deudor sólo se exime de los daños y perjuicios moratorios y debe cumplir la

obligación, cesado que sea el obstáculo (23).

8. Imposibilidad física y moral

¿La imposibilidad debe ser física o bastaría una imposibilidad psíquica? La doctrina no sólo computa los casos de imposibilidad física, sino también las de imposibilidad moral. En la jurisprudencia francesa, se cita el caso de los Cabaret de París, que dejaron de funcionar durante el día en que se declaró la guerra de 1914. Había posibilidad física de realizar el espectáculo, pero fue tal la conmoción que provocó el estallido de guerra, que los tribunales liberaron de responsabilidad a los empresarios. Otro ejemplo se tendría en el supuesto de un artista cómico que debiera actuar en momentos en que su hijo se encuentra gravemente enfermo (24). Una genuina imposibilidad moral que inhibe al médico para obrar basta para configurar el "casus".

9. Imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa

La imposibilidad absoluta de cumplimiento es la que afecta a cualquier persona, mientras que la imposibilidad relativa se refiere a hechos que impiden el cumplimiento de un determinado deudor (médico), pero que no hubieran afectado a otros. Si bien la generalidad de la doctrina entiende que la imposibilidad relativa no es suficiente para dispensar de responsabilidad al deudor, los juristas Llambías, Cazeaux-Trigo Represas, Sassot, Benegas, a los cuales nos adherimos, sostienen por el contrario que si el deudor, sin culpa, se ve imposibilitado de cumplir la obligación, queda liberado, siempre que el hecho reúna todas las características del caso fortuito, sin que deba tenerse en cuenta que otros hubieran podido sobreponerse exitosamente al obstáculo. Y agregan Cazeaux-Trigo Represas, que en las prestaciones no genéricas, una imposibilidad relativa, o sea que sólo afecte al deudor puede constituir "casus". Por ejemplo un pintor famoso, contratado para pintar un cuadro, queda ciego (25).

Nos parece que esta concepción y comprensión relativa del "casus", es la única que se concilia con el criterio subjetivo que acerca de la culpa estatuye el Código Civil.

10. Imposibilidad total y parcial

¿La imposibilidad debe ser total o basta una imposibilidad parcial? La regla general -sostienen Cazeaux-Trigo Represas- es que la imposibilidad parcial no impide el cumplimiento de la parte de prestación posible, cuando el acreedor se allana a cumplir el cumplimiento de esa manera y siempre que no se desnaturalice la obligación para el otro contratante.

El Código Civil legisla casos en que media este tipo de situaciones: el art. 1642 prevé la imposibilidad de cumplir la obra, en cuya emergencia el empresario es pagado por lo que ha hecho. Y el art. 1709 considera el supuesto del socio industrial que sin culpa suya debe interrumpir la prestación del servicio prometido, con la consecuencia de que los demás socios sólo tendrán derecho a exigirle la disminución proporcional en las ganancias. En ambas hipótesis el resultado es que se reconoce el derecho de ser retribuido por el hecho y operada la liberación por lo no hecho (26).

11. Imposibilidad definitiva o temporaria

En términos generales se considera que debe tratarse de una imposibilidad definitiva. Si solamente fuera temporaria, inmediatamente de cesado el impedimento el obligado debería cumplir la prestación, salvo que la obligación hubiera perdido ya su razón de ser para alguna de las partes. Así ocurría por ejemplo en el caso de los contratos sinalagmáticos puros que sólo pueden cumplirse en un momento determinado (27).

V. CONDUCTA DEL ENFERMO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

La conducta del enfermo puede configurar un presupuesto de eximición de responsabilidad del médico: vgr. negativa del paciente a cumplir con las prescripciones médicas que se le han indicado; paciente que no cumple con el tratamiento ordenado por el facultativo; enfermo que no ingiere el medicamento de conformidad a la prescripción médica; paciente que se niega a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosos; una huelga de hambre por motivos de reivindicación social o política, etc.

Bajo la misma óptica cabe calificar la actitud del paciente que interrumpe el tratamiento comenzado bajo la asistencia de un profesional o sanatorio y confía su curación a otro, porque el tratamiento de las enfermedades, lejos de ser una fórmula matemática, esta sujeto a alternativas de toda índole, que se traducen en mejorías y declinaciones. Generalmente se ha mirado con disfavor la conducta del enfermo en estos términos. Así lo resolvió la C. Nac. Civ., sala E, 19/12/77, en el caso: "Salem, Isaac v. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A." (28).

Sobre tales presupuestos, se resolvió que el abandono por el paciente de la atención médica que recibía para consultar a otros profesionales exime de responsabilidad al médico que fue abandonado (29).

En otro caso donde también se rechazó la demanda por impotencia funcional de los dedos como

consecuencia de una sutura superficial de una herida contusa en la muñeca, se examinó -aunque en forma complementaria- la conducta de la actora que había abandonado el tratamiento, haciéndose atender luego por otro médico (30).

VI. FRACASO DEL TRATAMIENTO

La primer obligación del médico en la relación que se crea con el paciente, es la de advertencia o información. El médico debe hacer saber al paciente cuál es su diagnóstico y cuál el tratamiento que pretende seguir. Con este conocimiento el paciente estará en condiciones de dar o no su consentimiento a la atención y cuidados propuestos.

La ley 17132, con aplicación en jurisdicción de la Capital Federal, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, como asimismo la ley bonaerense n. 4534, y conforme lo expone Mosset Iturraspe el código de ética de la provincia de Santa Fe decreto ley 3648/56, imponen la necesidad de "conformidad por escrito del enfermo", en una serie de casos, entre los que se encuentra la "terapéutica riesgosa". El art. 60 de la regulación santafesina dispone que: "El profesional médico no confiará a sus enfermos la aplicación de cualquier medio de diagnóstico o terapéutica, nueva o no, que no haya sido sometido previamente al control de las autoridades científicas reconocidas" (31).

Se ha declarado en una sentencia, que el tratamiento que tiende a la curación o mejoría del paciente, a la superación del dolor, no es un proceso lineal, sino que se halla sujeto a múltiples alternativas, en las que son posibles avances y retrocesos, cambios de diagnósticos y de terapia, y que la continuidad y persistencia en él son, con frecuencia, condición indispensable para el logro del resultado médico intentado (32).

Es sabido que en muchas ocasiones un tratamiento puede fracasar, no porque no se lo haya indicado correctamente sino por la idiosincrasia del paciente, su estado o resistencia o por factores a veces imprevisibles en cuanto a los resultados. Por ello, si el médico actuó con todo su celo profesional, el fracaso del método elegido no puede serle imputable (33), y aunque se pruebe tal fracaso, el enfermo no habrá logrado con ello justificar mal cumplimiento del facultativo (34).

En toda profesión concerniente a la salud existen siempre riesgos o áleas que excediendo ciertos límites no sería justo ni razonable transferir al profesional, ubicándolos en el ámbito de su responsabilidad. Aun cuando el cirujano observe rigurosamente las reglas del arte y ponga todos sus conocimientos y habilidades al servicio del paciente, puede presentarse un riesgo quirúrgico imposible de prevenir y curar (35).

La naturaleza misma del ministerio del médico lo expone a menudo, a pesar de ser conscientes, 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. Podrán exigirles los esfuerzos razonables para acertar, pero no prometerlo de antemano (36).

Todas estas pautas de valoración son consecuencia del principio genérico, en el sentido de que la obligación del médico es de medios y no de resultado, pues el enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros o riesgos, derivados o propios de todo tratamiento médico.

NOTAS:

(*) Bibliografía general: Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar J.; López Cabana, Roberto M. "Curso de obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986; Bonnet, E. F. P., "Medicina legal", vols. I y II; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", Ed. Ábaco, Bs. As., 1979; "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Ábaco, Bs. As., 1979; Bustamante Alsina, J., "Teoría general de la responsabilidad civil", 4a. ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1983; Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad por prestación médico asistencial", Ed. Hammurabi, 1987; Goldenberg, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Bs. As., 1984; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad civil del médico", Ed. Astrea, Bs. As. 1979; Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Bs. As., 1967; Rojas Nerio, "Medicina legal", Ed. El Ateneo, 1979; Santos Briz, J., "La responsabilidad civil", 4o. Ed. Montecorva S.A., Madrid, 1986; Stiglitz, Gabriel A., "La responsabilidad civil. Nuevas formas. Perspectiva", La Ley, Bs As., 1985; Trigo Represas, Félix A. - Stiglitz, Rubén S., "El seguro contra la responsabilidad civil del profesional médico", Ed Astrea, Bs. As., 1983.

(1) Aguiar, H., "Hechos y actos jurídicos", Tea, Bs. As., t. 1, p. 143, cit. por Abelenda, César A. Cap. XV, Vicios del consentimiento contractual. p. 359, pub. en el libro "Contratos", Homenaje al profesor Dr. J. Mosset Iturraspe, Ed. La Rocca 1989.

(2) Abelenda, César A., ob. cit., p. 360.

- (3) Abelenda, Cesar A., ob. cit., ps. 366/7.
- (4) Abelenda, Cesar A., ob. cit., p. 367/8.
- (5) Mosset Iturraspe, J., ob. cit., p. 206.
- (6) Mosset Iturraspe, J., ob. cit., p. 207.
- (7) Mosset Iturraspe, J., ob. cit., ps. 207/8.
- (8) Yungano, Arturo R., "Responsabilidad profesional de los médicos", Ed. Universidad, 1982, p. 168.
- (9) Yungano, Arturo R., ob. cit., p. 169.
- (10) Riú, Jorge Alberto, "Responsabilidad profesional de los médicos", Ed. Lea, 1981, ps. 77/78.
- (11) Riú, Jorge A., ob. cit., p. 79.
- (12) Riú, Jorge A., ob. cit., p. 79.
- (13) Riú, Jorge A., ob. cit., p. 79.
- (14) App. Venecia 27/6/46, en Rep. Giur Ital., 1947, cit. por Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 57.
- (14 a) Mosset Iturraspe, Jorge., ob. cit., p. 57.
- (15) Ponencia del Dr. Mosset Iturraspe, J., presentado en las V Jornadas Rioplatenses de Derecho, Argentina - Uruguay San Isidro, 1989.
- (16) C. Nac. Civ., sala D, 28/10/82, ED 103-270, cit. por Ghersi, Carlos A., ob. cit., p. 32.
- (17) C. Nac. Civ., sala C., 6/4/79, "Martín de Tuereke, E. v. Sanatorio Metropolitano S.A.", LL 1976-C-67, cit. por Ghersi, Carlos A., ob. cit., ps. 82/3.
- (18) Llambías, Benegas, Sassot, "Der. obligaciones", Compendio, Ed. Perrot, 4a. ed., p. 79.
- (19) Yungano, Arturo, ob. cit., p. 172.
- (20) Yungano, Arturo, ob. cit., p. 172.
- (21) Llambías - Benegas - Sassot, "Der. obligaciones", ps. 79/80, 4o. Ed. Perrot.
- (22) Llambías - Benegas - Sassot, ob. cit., p. 80.
- (23) Llambías - Benegas - Sassot, ob. cit., p. 80.
- (24) Cazeaux -Trigo Represas, "Der. obligaciones", Ed. Platense, p. 418, t. 1.
- (25) Llambías - Benegas - Sassot, ob. cit., p. 81; Cazeaux - Trigo Represas, "Compendio. Obligaciones", Ed. Platense, t. 1, p. 417.
- (26) Cazeaux - Trigo Represas, "Obligaciones", Ed. Platense, 1986, t. 1, p. 417.
- (27) Cazeaux - Trigo Represas, ob. cit., p. 418.
- (28) Pub. en ED 77-248.
- (29) C. Nac. Civ., sala C, 16/7/64, JA 1964-V-61, cit. por Yungano, Arturo, ob. cit., p. 173.
- (30) C. Nac. Civ., sala C., 12/6/64, JA 1964-IV-257, cit. por Yungano, Arturo, ob. cit., p. 173.
- (31) Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit., p. 27.
- (32) C. Nac. Civ., sala A, "Pérez v. Sanatorio San José y otro)", 6/8/75, ED 1976-66-320.
- (33) Yungano, Arturo, ob. cit., p. 173; C. Nac. Civ., sala C, 30/12/57; JA 1958-III-587.
- (34) Yungano, Arturo, ob. cit., p. 178, C. Nac. Civ., sala E, 19/12/77, ED 77-246.

(35) C. Nac. Civ., sala E, 19/12/77, ED 77-248.

(36) C. Nac. Civ., sala E, 29/12/77, ED 77-248.

* * *