RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO

*Ruy Rosado de Aguiar Júnior**

Introducción

Son muchas las razones que determinan el creciente interés por el estudio de la responsabilidad civil del médico. Durante muchos siglos su función estuvo revestida de carácter religioso y mágico, atribuyéndose a los designios divinos la salud y la muerte. Je le soignais, Dieu le guérit... s'il le jugeait opportun. En ese contexto era irracional responsabilizar al médico que apenas participaba de un ritual, quizá útil, que dependía exclusivamente de la voluntad de Dios. Más tarde, al final del siglo pasado e inicios de este, el médico era visto como un profesional cuyo título le garantiza el saber absoluto, médico de la familia, amigo y consejero, figura de una relación social que no admitía duda sobre la calidad de sus servicios, y menos aún, la litigancia sobre ellos. El acto médico se resumía en la relación entre una confianza (la del cliente) y una consciencia (la del médico) (Miguel Reale, "Código de ética médica", RT 503/47).

Las circunstancias cambiaron en la actualidad. Las relaciones sociales se masificaron, distanciando el médico de su paciente. La propia denominación de los sujetos de la relación fue alterada, pasando para *usuario y prestador de servicios*, todo esto visto desde la óptica de una sociedad de consumo, cada vez más consciente de sus derechos, reales o ficticios, y más exigente cuanto a los resultados.

De otra parte, el desarrollo fantástico de la ciencia determinó el aumento de los recursos puestos a disposición del profesional; con ellos crecieron las oportunidades de acción, y en consecuencia,

* Profesor de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Brasil. Traducción de Martha Lucía Olivar Jiménez.

los riesgos. La medicina moderna se caracteriza por la eficiencia, a tal punto que el médico y el biólogo contemporáneo no se contentan únicamente en prevenir o tratar las enfermedades, sino se proponen superar la deficiencia de una función natural, substituir esta función o modificar características naturales del sujeto. Sin embargo, esa eficacia es inseparable de tres otros elementos, frecuentemente desconocidos por el lego: agresividad, peligrosidad y complejidad (Penneau, Jean, La réforme de la responsabilité médicale. Revue internationale de Droit Comparé, 1990, Nº 2, pág. 525). No sólo por eso las expectativas del enfermo se ampliaron: la seguridad social extendió el uso de los servicios médicos. El enfermo, que también es un asegurado, confunde fácilmente el derecho a la seguridad con el derecho a la cura; si esta no ocurre inmediatamente sospecha de un error médico (Chammard, Georges Boyer, et Monzein, Paul, La responsabilité médicale, Presses Universitaires, 1974, pág. 2). Si a esto se suma la disposición de la mídia para escandalizar el infortunio, fácilmente encontraremos la explicación para el incremento del número de reclamaciones judiciales relacionadas con nuestro tema, acciones facilitadas porque no dependen del rompimiento de una relación de respeto y afecto que existía con el médico de familia, ya que hoy, en muchas ocasiones, el reclamante no tuvo relación con el médico o la tuvo superficialmente. En los EE.UU., en 1970, 1/4 de los médicos respondía a acciones de responsabilidad (Panasco, Wanderley L., A responsabilidade civil, pena e ética dos médicos, Forense, Río, 1984, 2ª edición).

Esta exposición, destinada al IV Congreso Internacional de Daños realizado en Buenos Aires, 1995, promovido por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, se ocupa del estado actual de la cuestión en Brasil, abordando los aspectos que consideré más relevantes, con referencia a conceptos jurídicos básicos, los deberes del médico, la culpa y su prueba, la relación del médico en la medicina colectiva, los servicios de salud, públicos y privados, el daño, haciendo una referencia breve al aborto, la operación transexual y la investigación médica, concluyendo con observaciones sobre las nuevas tendencias de la responsabilidad civil. Excluí el tema relativo a la indemnización, que trataré en otra ocasión, así como el estudio sobre daño a la persona.

1. Presupuesto de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil que deriva de la acción humana tiene como presupuestos la existencia de una conducta voluntaria, el daño injusto sufrido por la víctima que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; la relación de causalidad entre el daño y la acción del agente; el factor de atribución de la responsabilidad por el daño al agente, de naturaleza subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, equidad, etc.). El profesor Jorge Mosset Iturraspe resalta que modernamente, "el quid se encuentra en el daño, pero más en el injustamente sufrido que en el causado con ilicitud" (Responsabilidad Civil, Hammurabi, 1992, pág. 29). Para aquello que nos interesa, la responsabilidad civil especifica del profesional médico (o sea, aquel que tiene habilitación universitaria y ejerce la medicina habitualmente, viviendo de su trabajo) tiene como presupuestos: el acto médico, practicado con violación de un deber médico, impuesto por la ley, por el uso social o por el contrato, imputable a título de culpa, causante de un daño injusto patrimonial o extrapatrimonial.

Fuera de esa responsabilidad por acto propio, el médico puede responder por acto de otro, o por hecho de las cosas que usa a su servicio.

2. Responsabilidad contractual y extracontractual

Es común en la doctrina distinguir entre la responsabilidad por violación de una obligación derivada de un negocio jurídico, cuyo incumplimiento caracterizaría el hecho ilícito civil generador del daño, y la responsabilidad delictual o extracontractual, que abstrae la existencia de un contrato previamente celebrado y surge de un acto ilícito absoluto, violador de las reglas de convivencia social y causante de daño injusto. La primera encuentra su fundamento en el artículo 1056 del C.C.: "Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos"; la segunda en el artículo 159 del C.C.: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a

outrem, fica obrigado a reparar o dano". No obstante las normas legales que le atribuyen diferentes consecuencias, la distinción está siendo abandonada por la doctrina moderna, que no ve en ella mayor utilidad, haciendo residir el fundamento único de la responsabilidad civil en el contacto social (Prof. Clóvis do Couto e Silva, Principes fondamentaux de la responsabilité civile en Droit brésilien et comparé, pág. 9). Se camina, entonces, a la unificación del sistema. Sin embargo, en cuanto la adaptación legal a esos principios no se realice, debemos admitir, en el plano expositivo, que la responsabilidad médica no obedece a un sistema unitario.

Ella puede ser *contractual*, derivada de un contrato establecido libremente entre paciente y profesional, de forma tácita la mayoría de las veces, y comprende las relaciones restrictas al ámbito de la medicina privada, esto es, del profesional que es escogido libremente contratado y pago por el cliente.

Será *extracontractual* cuando, no existiendo el contrato, las circunstancias de la vida colocan frente a frente médico y enfermo, correspondiendo a aquel el deber de prestar asistencia, como sucede en el encuentro de un herido en plena vía pública, o en la emergencia de intervención en favor de un incapaz por edad o enfermedad mental. Será igualmente extracontractual la relación de la cual participa el médico servidor público, que atiende en una institución obligada a recibir los asegurados de los institutos de la salud pública, y también el médico contratado por la empresa para prestar asistencia a sus empleados. En estos últimos casos, el atendimiento es obligatorio, presuponiendo una relación primaria de derecho administrativo o de derecho civil entre el médico y la empresa o el hospital público, y otra entre el empleado con la empresa, o entre el asegurado con la institución de seguridad, pero no hay contrato entre el médico y el paciente (Jean Penneau, La réforme... pág. 528; Markesinis, Basil, Problémes de responsabilité médicale en Droit Anglais, Revue Internationale de Droit Comparé, 1988, Nº 2, pág. 351-367).

La diferencia fundamental entre esas dos modalidades de responsabilidad está en la carga de la prueba atribuida a las partes; en la responsabilidad contractual, al autor de la acción perjudicado por el incumplimiento, basta probar la existencia de contrato, el hecho del incumplimiento y el daño, con el nexo de

causalidad, correspondiendo al reo demostrar que el daño surgió de una causa extraña a él; en la responsabilidad extracontractual o delictual, el autor de la acción debe probar, además, la imprudencia, la negligencia o la impericia del causante del daño (culpa) eximiéndose el reo de responder por la indemnización si el autor no se libera de esa carga. En la práctica, eso sólo tiene significado con la otra distinción que se hace entre obligación de resultado y obligación de medio.

3. Obligación de resultado y obligación de medio

La obligación es de medio cuando el profesional asume prestar un servicio al cual dedicará la atención, cuidado y diligencia exigidos por las circunstancias, de acuerdo con su título, con los recursos de que dispone y con el desarrollo actual de la ciencia, sin comprometerse con la obtención de un cierto resultado. El médico, normalmente, asume una obligación de medio.

La obligación será de resultado cuando el deudor se compromete a realizar un cierto fin, como por ejemplo, transportar una carga de un lugar a otro o reparar y poner en funcionamiento una determinada máquina (será de garantía si, además, afirma que la máquina alcanzará una productividad determinada). El médico la asume, por ejemplo, cuando se compromete a efectuar una transfusión de sangre o a realizar cierta visita.

Siendo la obligación de resultado, el perjudicado debe demostrar, fuera de la existencia del contrato, la no obtención del resultado prometido, pues esto basta para caracterizar el incumplimiento del contrato, independientemente de sus razones, correspondiéndole al deudor probar el caso fortuito o la fuerza mayor, hipótesis en las que se exonerará de responsabilidad. En la obligación de medio, el acreedor (perjudicado, paciente) tendrá que probar la conducta ilícita del obligado, o sea que el deudor (agente, médico) no actuó con atención, diligencia o cuidados adecuados en la ejecución del contrato.

En consecuencia, tanto en la responsabilidad delictual como en la responsabilidad contractual derivada de una obligación de medio, el paciente debe probar la culpa del médico, sea por que

actuó con imprudencia o impericia y causó un ilícito absoluto (art. 159), sea porque incumplió con su obligación de atención y diligencia establecida contractualmente.

4. Deberes del médico

El médico tiene el deber de actuar con diligencia y cuidado en el ejercicio de su profesión, exigibles de acuerdo con el estado de la ciencia y las reglas consagradas por la práctica médica.

Nuestro mayor tratadista sobre responsabilidad civil, Aguiar Dias, descompone las obligaciones implícitas en el contrato médico en deberes de: 1) consejo; 2) cuidado; 3) abstención de abuso o desvío de poder (*Responsabilidade civil,* Forense, Río, Nº 116).

El primero de ellos corresponde al *deber de información.* El médico debe dilucidar su paciente sobre la enfermedad que le aqueja, las prescripciones a seguir, los riesgos posibles, los cuidados con su tratamiento, aconsejándolo, como a sus familiares, "sobre las precauciones esenciales requeridas por su estado". Contrariamente a lo que existía antes, la tendencia actual, siguiendo la escuela americana, es la de mantener al paciente informado de la realidad de su estado (Caio Mario, Responsabilidade médica, Coad. vol. 2, pág. 7). Cuando los pronósticos son graves es preciso conciliar ese deber de informar con la necesidad de mantener la esperanza del paciente para no llevarlo a la angustia o al desespero (Chammard-Monzein, op.cit., pág. 132). Si la perspectiva es de desenlace fatal la comunicación debe ser hecha al responsable (art. 59 del Código de Ética, Resolución Nº 1246 de 1988, del Consejo Federal de medicina). El pronóstico grave puede ser comprensiblemente disimulado; el fatal, revelado con circunspección al responsable. Tratándose de riesgo terapéutico el médico debe advertir de los riesgos previsibles y comunes, los excepcionales pueden quedar en la sombra (Penneau, La réforme... pág. 530). Sin embargo, en la cirugía, particularmente en la estética, la información debe ser exhaustiva, al igual que en el uso de nuevos remedios. Tales aclaraciones deben ser hechas en términos comprensibles al lego, pero suficientemente claros para alcanzar su fin, pues están destinados a dejar al paciente en condiciones de

conducirse delante de la enfermedad y de decidir sobre el tratamiento recomendado o sobre la cirugía propuesta.

Esto toca otro punto de importancia crucial en la actividad profesional: la necesidad de obtener el consentimiento del paciente para la indicación terapéutica o quirúrgica. Todas las veces que haya un riesgo que correr es preciso contar con el consentimiento claro, que no es indispensable en casos de urgencia, que no pueda ser superada de otra manera, o de actuación compulsiva. Le corresponde al paciente decidir sobre su salud, evaluar el riesgo a que estará sometido con el tratamiento o la cirugía y aceptar o no la solución preconizada por el galeno.

No obstante, la falta de información no es, por sí sola, causa de daño como lo advierte Penneau (La réforme... pág. 538), por lo que es preciso distinguir, si la intervención era indispensable y causó daño, la falta de información adecuada no puede ser tomada en consideración, a no ser para una indemnización por daño moral; si no era indispensable, sí, porque el paciente podría haber decidido no correr el riesgo.

La conclusión en el ámbito de la información y de la existencia de consentimiento debe ser extraída por el juez del conjunto de los hechos probados y será más precavido el médico que haya obtenido una declaración escrita del paciente o de su representante.

En ciertas circunstancias la inexistencia del asentimiento es evidente, como en el caso del surgimiento de un hecho nuevo durante el desenvolvimiento de una cirugía. Si es posible suspender el acto, sin riesgo, para someter la decisión al paciente considerando nuevos exámenes del material encontrado, es ésta la providencia recomendada. Chammard y Monzein relatan el caso del paciente con un pequeño nódulo en la parte interna del brazo, con un diagnóstico benéfico y previsión de una cirugía simple; en la operación se verificó la existencia de un tumor maligno que fue atacado con sección del nervio radial, afectando el movimiento del brazo. La Corte consideró culpable al cirujano y procedente la demanda (op. cit. pág. 137). En los embargos infringentes Nº 208/90, el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro reconoció la licitud de la conducta del cirujano que amplió la cirugía y estirpó el lóbulo derecho de la tiroides, sin el consentimiento del paciente. Pero el voto vencido, con irrefutable acierto, destacó que el posterior

examen de laboratorio comprobó que el tejido extraído era sano y no había peligro de vida en la interrupción de la cirugía para esperar el resultado de la biopsia (los embargos infringentes constituyen recursos propios del Derecho Luso-brasileño contra decisiones emanadas de tribunales que no fueron adoptadas por voto unánime —nota del traductor—).

El acto médico debe ser practicado de forma que fuera del cuidado que toda persona debe guardar en su vida de relación (no confundir, en la hora de la extracción, el miembro sano con el enfermo, no perjudicar el paciente; no olvidar instrumentos en la incisión del operado, etc.), atienda los deberes y cuidados propios de la profesión en el diagnóstico, en la indicación terapéutica, en la intervención quirúrgica y en el pronóstico. "O erro de técnica", señala Aguiar Dias, "é apreciado com prudente reserva pelos tribunais. Com efeito, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões". ("Responsabilidade dos médicos", Coad. pág. 10).

El diagnóstico consiste en la determinación de la enfermedad del paciente, sus características y sus causas. El error en el diagnóstico no genera responsabilidad, salvo si realizado sin atención ni precauciones conforme al estado de la ciencia, presentándose como error manifiesto y grosero. Lo comete el médico que deja de recurrir a otro medio de investigación a su alcance o profiere un juicio contra principios elementales de patología (Chammard-Monzein, pág. 119/120).

En la indicación terapéutica el médico es libre para escoger el tratamiento, decisión a que llega haciendo un balance entre los riesgos y la eficacia de las medidas preconizadas.

Aguiar Dias, después de definir el tratamiento como "a soma dos meios empregados para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor", enumera casos reveladores de error o culpa del médico: exposición a riesgos inútiles; mantenimiento de aparato que provoca reacciones anormales; omisión de normas de higiene y asepsia; orden médica con letra ilegible, permitiendo el engaño; orden de remedio tóxico sin investigar incompatibilidad e intolerancia, etc.

Antônio Chaves alerta para los riesgos de la *iatrogenia* (en-

fermedad que surge en virtud de la intervención médica o de remedios), con 5% de las camas de hospitales del mundo ocupadas por personas cuya enfermedad es consecuencia del tratamiento, significando, en los EE.UU., un gasto de tres billones de dólares (Antônio Chaves, Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos, Revista Jurídica, 159/122; del mismo autor: Responsabilidade civil do ato médico, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, 117/10).

La obediencia a las reglas de higiene es común a todos aquellos que lidian con la salud, pudiendo conducir a la responsabilidad del médico cuando de su incumplimiento resulta el daño. El pronóstico difícilmente acarreará perjuicio, pero podrá suceder en caso de pericia médica (Aguiar Dias, Responsabilidade dos médicos, Coad, pág.11); también podrá traer daño moral o quien sufra los efectos de un juicio erróneo sobre el desarrollo futuro de la enfermedad.

Fuera de los deberes de información, obtención de consentimiento y de cuidado, el médico tiene los deberes de: a) sigilo, previsto en el artículo 102 del Código de Ética; b) no abusar de poder, sometiendo al enfermo a experiencias, vejaciones o tratamiento incompatibles con la situación; c) no abandonar el paciente bajo sus cuidados, salvo en el caso de renuncia al atendimiento, por motivos justificables, una vez asegurada la continuidad del tratamiento (art. 61 del Código de Ética); d) en caso de impedimento eventual, garantizar su substitución por un profesional habilitado; e) no rechazar el atendimiento de un paciente que procure sus cuidados en caso de urgencia, cuando no haya otro en condiciones de hacerlo.

5. La culpa y su prueba

El médico que viola uno de esos deberes practica una acción que surge como primer presupuesto de su responsabilidad civil.

A este debe sumarse la culpa, en las modalidades de imprudencia (actuar con descuido), negligencia (dejar de adoptar las providencias recomendadas), impericia (incumplimiento de regla técnica de la profesión). Aníbal Bruno distingue impericia, elemento de la conducta culposa, del error profesional "que provém das

imperfeições da própria arte ou ciência. Na medicina, por exemplo, em certas circunstâncias, é sempre possível um erro de diagnóstico que pode acarretar conseqüências mais ou menos graves. Há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e as regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, advir daí um resultado de dano ou de perigo" (Direito Penal, Parte Geral, I/II/472). Es la misma distinción que hace la Corte de Casación de Francia: la culpa supone una falta de diligencia o de prudencia en relación a lo que era esperado de un buen profesional escogido como padrón; el error es la falta del hombre normal, consecuencia ineluctable de la falibilidad humana (Penneau, *La Réforme...*, pág. 531).

Su verificación obedece a los mismos procedimientos adoptados para la definición de la culpa común: ante las circunstancias del caso el juez debe establecer cuales serían los cuidados posibles que al profesional le correspondería dispensar al enfermo, de acuerdo con los padrones determinados por los usos de la ciencia, y confrontar esa norma concreta, fijada para el caso, con el comportamiento adoptado efectivamente por el médico. Si él no la observó, actuó con culpa. Esa culpa debe ser cierta, aun cuando no necesariamente grave: "não é necessário que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa" (Miguel Kfuori Neto, A responsabilidade civil do médico, Rev. Jurídica, págs. 113/128). El Profesor Caio Mario (Responsabilidade médica, Coad, II/7) sostiene que la culpa médica se aprecia como cualquier otra. Desde que el juez entienda que un médico prudente se habría comportado, en las mismas circunstancias, diversamente al acusado, debe condenarlo a la reparación. Igualmente en Francia la doctrina es unánime en rechazar la tesis de que la culpa solamente implicaría la responsabilidad si fuese grave (Penneau, Jean, *La responsabilité médicale,* Sirey, 1977, pág. 50/51). Lo que es posible, eso sí (aun cuando no sea de nuestra práctica forense), es establecer la proporcionalidad de la indemnización en función de la graduación de la culpa (Yussef Said Cahali, Dano e indenização, pág. 124).

En la determinación de la culpa es preciso tomar en consideración circunstancias especiales. Así, del anestesista se espera una vigilancia absoluta durante el desarrollo de la cirugía hasta

la tomada de consciencia del paciente; del especialista, se exige más que del médico generalista; del cirujano estético, riguroso cumplimiento del deber de información y cuidado en la ejecución del trabajo, que muchos consideran una obligación de resultado.

Constituyéndose en obligación de medio, el incumplimiento del deber contractual deber ser probado mediante la demostración de que el médico actuó con imprudencia, negligencia o impericia, así como está previsto en el artículo 1545 del C.C. ("Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resulta morte, inabilitação de servir, ou ferimento"). La ley 8078/90 (Código de Defensa del Consumidor) en su artículo 14,§ 4º, mantuvo la regla de que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa". Esa misma carga que existe en la relación contractual, tratándose de obligación de medio, también existe en la responsabilidad extracontractual, correspondiendo igualmente al perjudicado la prueba de los presupuestos enumerados en el artículo 159 del C.C., que también se refiere a la culpa en sus modalidades de imprudencia, negligencia e impericia.

No se admite la culpa virtual, principio según el cual, "diante de certas circunstâncias, estabelece-se, não que o demandado tenha cometido tal culpa, mas que não possa senão tê-la cometido" (Peneau, *La responsabilité médicale,* pág. 80).

Son considerables las dificultades para la producción de la prueba de la culpa. En primer lugar, porque los hechos se desenvuelven normalmente en ambientes reservados, sea en el consultorio o en la sala quirúrgica; el paciente, fuera de las dificultades en que se encuentra por las condiciones propias de la enfermedad, es un lego que poco o nada entiende de los procedimientos a que es sometido, sin conocimientos para evaluar causa y efecto, sin siquiera comprender el significado de los términos técnicos; el peritaje es imprescindible en la mayoría de las veces y siempre efectuada por quien es colega del imputado causante del daño, lo que dificulta e impide, la mayor parte del tiempo, la imparcialidad. No obstante, es necesario superarlas con determinación, especialmente cuando actúa el corporativismo.

El juez debe auxiliarse de todos los medios válidos de prueba:

testigos, registros sobre el paciente existentes en el consultorio o en el hospital, laudos suministrados, y principalmente, pericias. Una de las formas de constituir la prueba de los hechos es la exhibición de la ficha médica, que todo médico debe elaborar (art. 69 del Código de Ética), a cuyo acceso el paciente tiene derecho (art. 70). En juicio, procede el pedido de exhibición, cuyo rechazo permitirá al juez admitir como verdaderos los hechos que se pretendía probar, si no hubiere la exhibición o si el rechazo fuere considerado ilegítimo (art. 355 y 359 CPC).

Ese deber lateral de documentación, aún después de terminada la relación médico-paciente, Figueiredo Dias y Jorge Monteiro lo consideran derivado del principio de la buena fe: "A boa fé exige que o médico ou a instituição médica que contratou com o doente, mesmo post contractum finitum, ponha à sua disposição a documentação necessária para permitir averiguar se lhe foram prestados os melhores cuidados" (*Responsabilidade médica em Portugal,* Revista Forense, 289/53).

En Argentina predomina hoy el entendimiento que, "en determinadas circunstancias, se produce una transferencia de la carga probatoria al profesional, en razón de encontrarse en mejores condiciones de cumplir tal deber" (Luis Andorno, La responsabilidad civil médica, Ajuris, 59/224). Es el principio de la carga probatoria dinámica, fundamentado en el hecho que, teniendo las partes el deber de actuar de buena fe y de llevar al juez el mayor número de informaciones de hecho para la mejor solución de la causa, cada una de ellas está obligada a comparecer con los elementos de prueba a su alcance. En las relaciones médico-paciente es normalmente el médico quien dispone del mayor número y de mejores datos sobre el hecho, de ahí su deber procesal de llevarlos al proceso, dando prueba de la corrección de su conducta. Correspondiéndole al médico la carga de probar que actuó sin culpa, no se le atribuye la producción de prueba negativa, sino se exige de él apenas la demostración "de como hizo el diagnóstico, de haber empleado conocimientos y técnicas aceptables, haber administrado o indicado el remedio adecuado, haber efectuado la operación que correspondía en forma adecuada, haber controlado debidamente el paciente, etc" (Andorno, op. cit., pág. 233).

En Brasil, prevalece la orientación de que incumbe al actor la carga de probar la culpa del profesional médico en las relaciones contractuales y delictuales de naturaleza privada. Algunas veces hasta con rigor exagerado (Ap. Cív. 589.04565-7, TJRS; Ap. Cív. 589.06471-6; Ap. Cív. 5.90038154, TJRS).

Pero la carga probatoria del acreedor de los servicios médicos, o sea, del paciente, para demostrar el incumplimiento del contrato por el deudor y prestatario de los servicios se limita al deber de "provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato. Dir-se-á que isto é o mais difícil de conseguir. E é. Mas em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que estas circunstâncias não se verificam, estará o médico em melhores condições de a fazer. Parece pois justo impor-lhe esse ônus". (Figueiredo Dias, Jorge, e Monteiro Jorge Sinde, Responsabilidade médica em Portugal, Rev. Forense, vol. 289, pág. 53).

Cuando la obligación es de resultado, corresponde al autor de la acción demostrar el incumplimiento del contrato por parte del prestatario de los servicios médicos, mediante la prueba de que el objetivo propuesto no fue alcanzado.

Se consideran obligaciones de resultado la de vacunar, de transfusión de sangre, exámenes biológicos de ejecución corriente y simple (Penneau, La réforme..., pág. 528), la de ejecutar personalmente y en hora determinada cierto acto médico (visitas, etc.), la de seguridad de los instrumentos que usa en la práctica del acto médico, etc.

La definición de la naturaleza jurídica de la *cirugía estética o correctiva* es polémica, cuando el paciente es saludable y apenas pretende mejorar su apariencia; diferente de la cirugía reparadora, que corrige lesiones congénitas o adquiridas (Antônio Chaves, "Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos", Rev. Jurídica, 159/118).

La orientación actualmente en vigor en Francia, en la doctrina y en la jurisprudencia, se inclina por admitir que la obligación a que está sometido el cirujano plástico no es diferente de aquella

de los demás cirujanos pues corre los mismos riesgos y depende del mismo acaso. Por lo tanto, sería una obligación de medio, como la de los médicos en general. La particularidad residiría en el incremento de los deberes de información, que debe ser exhaustiva, y de consentimiento, claramente manifiesto, dilucidado, determinado (Penneau, La responsabilité..., pág. 35). Dos decisiones de la Corte de Lyon y de la Corte de Casación de 1981, comentadas por Georges Durry ("Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1982, pág. 153), reafirman que se trata de una obligación de medio, porque en toda operación existe el acaso vinculado a la reacción del organismo, y acentúan la existencia de un deber particular de información. Recientemente, el 21 de febrero de 1991, la Corte de Versalles, reconociendo la existencia de una obligación de medio, condenó el cirujano plástico que no comparó convenientemente los riesgos y los beneficios de una operación considerada prematura, dejando de dar informaciones exactas de todos los riesgos (Recueil Dalloz-Sirey 1993, pág. 29).

El eminente profesor Luis Andorno, en el último curso conferido en Porto Alegre, después de haber sido defensor de la idea contraria, afirmó: "Si bien hayamos participado durante algún tiempo de este criterio de situar la cirugía plástica en el campo de las obligaciones de resultado, un examen meditado y profundo de la cuestión nos llevó a la conclusión de que resulta más adecuado no hacer distinciones al respecto, colocando también el campo de la cirugía estética en el ámbito de las obligaciones de medio, esto es, en el campo de las obligaciones generales de prudencia y diligencia. Es así porque, como bien lo señala el brillante jurista y catedrático francés y estimado amigo, Prof. François Chabas, de acuerdo con las conclusiones de la ciencia médica de los últimos tiempos, el comportamiento de la piel humana, de fundamental importancia en la cirugía plástica, es imprevisible en numerosos casos. Además, agrega dicho jurista, toda intervención sobre el cuerpo humano es siempre aleatoria" ("La responsabilidad civil médica", Ajuris, 59/224).

No obstante, en el Brasil la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia defiende la tesis de que se trata de una obligación de resultado. Así lo enseñan Aguiar Dias y Caio Mario, para citar apenas dos de nuestros más ilustres juristas (Coad, vol. I, pág. 15; vol. II,

pág. 10) y las decisiones de los tribunales (Ap. Cív., 163.049-1, 6ª C.C., TJSP; Ap. Cív. 90.850, TACív. RJ; Emb. Infr. 41/90, TJRJ; Ap. Cív. 338/93, 5ª C.C., TJRJ; RESP. 10.536/RJ, 3ª Turma do STJ).

La razón está, sin embargo, con los que atribuyen al cirujano estético una obligación de medio. Aun cuando se afirme que los cirujanos plásticos prometen corregir, sin lo cual nadie se sometería a una intervención quirúrgica, por lo que asumirían la obligación de alcanzar el resultado prometido, la verdad es que el acaso está presente en toda intervención quirúrgica y son imprevisibles las reacciones de cada organismo a la agresión del acto quirúrgico. Puede suceder que algún cirujano plástico, o muchos de ellos, asegure la obtención de determinado resultado pero esto no define la naturaleza de la obligación, no altera su categoría jurídica, que continúa siendo siempre la obligación de prestar un servicio que trae consigo un riesgo. Es verdad que se puede examinar con mayor rigor el elemento culpa, pues se constata más fácilmente la imprudencia de la conducta del cirujano que se aventura a la práctica de la cirugía estética que tiene posibilidades reales, tanto que ocurren, de fracaso. La falta de una información precisa sobre el riesgo y la no obtención del consentimiento plenamente claro conducirán eventualmente a la responsabilidad del cirujano, pero por incumplimiento culposo de la obligación de medio.

En la cirugía estética el daño puede consistir en no alcanzar el resultado del embellecimiento pretendido, con frustración de la expectativa, o en agravar los defectos empeorando las condiciones del paciente. Las dos situaciones deben ser resueltas a la luz de los principios que rigen la obligación de medio, pero en el segundo caso queda más visible la imprudencia o la impericia del médico que provoca deformidad. El fracaso de la operación, en este último caso, caracteriza indicio serio de la culpa del profesional a quien incumbe la prueba contraria de actuación correcta.

6. Medicina colectiva

En el desempeño de su función el médico contacta con muchas personas y entidades con las cuales mantiene relaciones jurídicas

de diversas especies. Así, entre el médico y el hospital, el médico y su personal auxiliar, el cirujano y el anestesista, las relaciones entre los integrantes del grupo o del equipo, del generalista con el especialista, la situación especial de los hospitales públicos, de los médicos vinculados al Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), los convenios de salud, etc. Todas son situaciones relevantes, algunas veces complejas, que exigen al menos una breve referencia.

En primer lugar es preciso distinguir entre (1) el acto médico propiamente dicho, que sólo puede ser realizado por el doctor (diagnóstico, indicación terapéutica, cirugía, pronóstico), y por el cual responde; (2) los actos realizados por personal auxiliar mediante su directa supervisión, o por personal calificado siguiendo sus instrucciones, por los cuáles también responde; (3) los actos derivados del contrato de hospedaje, ligados a la administración hospitalar, como el deber de guarda del enfermo, y (4) los actos de tratamiento, realizados en hospital o en farmacia, de que son ejemplos la administración equivocada de un remedio, la inyección mal hecha, las compresas excesivamente calientes, etc., por los cuales el médico no responde.

El hospital es una universalidad de hecho formada por un conjunto de instalaciones, aparatos e instrumentos médicos y quirúrgicos destinados al tratamiento de la salud, vinculada a una persona jurídica, su mantenedora, pero que no realiza acto médico. Para él no se asigna lo dispuesto en el artículo 1545 del C.C., siéndole aplicables los principios comunes de la responsabilidad civil (Caramuru Afonso Francisco, "Responsabilidade civil de hospitais, clínicas e pronto-socorros", págs. 177 y siguientes). Cuando se habla aquí de hospital la referencia es a la persona jurídica que lo mantiene. El hospital firma con el paciente internado un contrato hospitalar asumiendo la obligación de medio consistente en suministrar hospedaje (alojamiento, alimentación) y de prestar servicios paramédicos (remedios, instalaciones, instrumentos, personal de enfermería, etc.); si dispone de un cuerpo de médicos, sus empleados, también podrá asumir la obligación de prestar servicios médicos propiamente dichos. Por los actos culposos de médicos que sean sus empleados o de su personal auxiliar, responde el hospital como comitente en la forma del artículo 1521, III del C.C.: "São também responsáveis pela reparação civil: ...III

o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele".

La regla de la responsabilidad del comitente sufre restricciones "quanto a certas profissões, como a dos médicos e dos advogados, pois não se admite uma subordinação para com os clientes nos termos indicados" (vínculo de autoridad y subordinación) (Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, pág. 405). Pero esto en lo que concierne las relaciones entre el cliente y el médico, conforme lo aclara en nota el eminente profesor portugués, citando Ruy de Alarcao, porque se admite la relación de comisión de médico a médico, y digo yo, de hospital para médico.

El hospital responde por los actos médicos de los profesionales que lo administran (directores, supervisores, etc.) y de los médicos que sean sus empleados. No responde cuando el médico simplemente utiliza las instalaciones del hospital para la internación y tratamiento de sus pacientes. En relación a los médicos que integran el cuadro clínico de la institución, no siendo asalariados, es preciso distinguir, si el paciente procuró el hospital y fue atendido allí por un integrante del cuerpo clínico, aun cuando no empleado, responde el hospital por el acto culposo del médico en solidaridad con éste; si el enfermo procura al médico y este lo encamina a la internación en el hospital, el contrato es con el médico y el hospital no responde por la culpa de este, aun cuando pertenezca a su cuadro, sino apenas por la mala prestación de los servicios hospitalarios que le corresponden. La responsabilidad por la acción del integrante del cuerpo clínico, en la situación a la que nos referimos en primer lugar, se explica porque la responsabilidad por acto de otro, prevista en el artículo 1521, III, del C.C. (es responsable el patrón, amo o comitente, por sus empleados, criados y administradores) abarca también aquellas situaciones donde no existe una relación de empleo, bastando que la persona jurídica utilice servicios de otra a través de una relación que genere el estado de subordinación (Gomes, Orlando, "Obrigações", Forense 1978, pág. 362). Es el caso del hospital que necesita para su funcionamiento del servicio del médico, el cual, a su vez, queda subordinado, como miembro del cuerpo clínico, a los reglamentos de la institución.

El hospital responde por el daño producido por las cosas (instrumentos, aparatos) utilizadas en la prestación de sus servicios: "ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao *statu quo* ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento" (Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, Forense, Nº 165). También responde por los actos de su personal, con presunción de culpa: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado preposto" (Súmula 341, del Supremo Tribunal Federal). No obstante, eso no dispensa que se pruebe la culpa del servidor en la práctica del acto dañoso. O sea, el hospital no responde objetivamente, aún después de la vigencia del Código de Defensa del Consumidor, cuando se trata de indemnizar daño producido por médico integrante de sus cuadros (Ag. Instr. 179.184-1-5ª Câmara Cív. - TJSP), pues es preciso probar la culpa de este para después, solamente, presumir la culpa del hospital.

El no atendimiento del enfermo por el hospital puede expresarse a través de simple rechazo o por la remisión a otro hospital (hospital de referencia). En el primer caso, la falta de asistencia por defecto de la organización, no manteniendo el servicio ininterrumpido o los servicios necesarios para atender a una emergencia previsible, es factor determinante de la responsabilidad del hospital. En el segundo caso, el remitir justificadamente el enfermo a un hospital de referencia no constituye motivo para la atribución de responsabilidad: "Em tese, o médico que ordenar o reencaminhamento de paciente por falta de leito ou condições de atendimento age con diligência e não deve ser considerado culpado. Da mesma forma, o hospital não pode ser obrigado a se preparar para todos os casos de emergência, sendo certo que todos são aparelhados com unidades de pronto-socorro, o que elide a culpa e, mais, inviabiliza a técnica de presunção da culpa, que seria uma eterna responsabilização. Ademais, não é a atividade hospitalar responsável por todos os infortúnios da vida". (Francisco, Caramuru Afonso, Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e prontos-socorros, e "Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar", Saraiva, pág. 177-198).

La jurisprudencia registra los casos de responsabilidad del

hospital por falta de atendimiento ininterrumpido (8ª CCTJRJ, 1981, RT 556/190), por efectuar diagnóstico inadecuado (6ª CCTJSP, 1981, RT 549/72),por demorar en atendimiento quirúrgico que se hacía necesario (TJSC, Ap. 19.672, 1986).

Cuando se aborda este tema no es posible olvidar la situación dramática en que se encuentra la red hospitalaria del país, bien descrita en el reportaje de Elio Gaspari en la Revista Veja de 1808-1993 "A insuportável leveza da morte", cuyas deficiencias someten constantemente los médicos a decidir sobre quien tiene derecho a un único aparato, al poco remedio, al uso de la sala quirúrgica... La Constitución de 1988 instituyó el Sistema Unico de Salud (SUS) garantizando atendimiento a todos. Con eso igualó, ante el servicio público de salud, el desempleado y el que pasa sus vacaciones en Europa, situación injusta que fue recientemente objeto de crítica por parte del Ministro de Salud (Folha de São Paulo, edición 03/03/95), pues crea una situación insustentable al no disponer el Estado de recursos para atender esa demanda. De un lado, porque no destina a la salud pública recursos suficientes (4% del PIB; mientras que en los EE.UU. es de 12%); de otro, porque no tiene médicos en número suficiente (150.000 médicos para una población de 150 millones; en Portugal 23.000 médicos para una población de 10 millones); finalmente, porque tiene que atender gratuitamente a quien puede pagar y queda sin recursos para tratar al necesitado.

El médico puede reunirse con colegas para el ejercicio de la profesión.

La situación más común se da con la formación de un equipo quirúrgico por el cual responde el jefe del equipo, tanto por los actos de los otros médicos, sus asistentes, como por los servicios auxiliares de enfermería (salvo cuando estos constituyen actos de enfermería vanales y comunes por los cuales responde el hospital).

El anestesista ocupa hoy una posición especial en razón a la autonomía que alcanzó la especialidad: en relación a este ha sido aplicada la noción de *acto separable*, propia del derecho administrativo (Ac. de la 2ª CCTJ Río Grande do Sul, rel. Antonio Augusto Uflacker, Rev. Jurídica 75/237), a fin de determinar su responsabilidad y no necesariamente la del cirujano. Una vez demostrada la causalidad exclusiva del acto anestésico, sin la concurrencia del cirujano, es decir, sin que este practique actos o

emita ordenes contrarias a lo recomendado por el anestesista, no hay razón para la imputación del cirujano; no obstante, si fue él quien escogió el anestesista podrá responder por la culpa *in eligendo*. Integrando el anestesista el cuadro médico del hospital, sin posibilidad de elección por el paciente, aun así surge normalmente una relación contractual entre el anestesista y el paciente, que es examinado previamente por él y recibe de él cuidados previos (Penneau, La responsabilité médicale, pág. 293), razón por la cual responden tanto el hospital como el anestesista solidariamente.

Los errores del anestesista pueden ser de diagnóstico (evaluar el riesgo anestésico, la resistencia del paciente), terapéutico (medicación preanestésica ineficaz, omisiones durante la aplicación) y técnica (uso de substancia inadecuada, oxigenación insuficiente, etc.). Se sostiene que él asume una obligación de resultado desde que haya tenido oportunidad de evaluar el paciente antes de la intervención y concluir por la existencia de condiciones para la anestesia, asumiendo la obligación de anestesiarlo y de recuperarlo (Guillerme Chaves Sant'ana, "Responsabilidade civil dos médicos anestesistas", págs. 133 y siguientes). Parece, además, que el acaso a que están sometidos el anestesista y su paciente no es diferente de las demás situaciones enfrentadas por la medicina, razón por la cual no deja de ser una obligación de medio, aunque se imponga al profesional algunos cuidados especiales, en la preparación del paciente, en la elección del anestésico, etc. De él se exige el acompañamiento permanente, no pudiendo separarse de la cabecera del paciente durante el acto quirúrgico hasta su recuperación.

La formación de un grupo de médicos puede darse cuando los asociados están todos habilitados de la misma forma para la prestación de servicios iguales al enfermo, reemplazándose indiferentemente en el atendimiento, o cuando son reservadas áreas de especialización para cada uno. En ambas situaciones diversos profesionales prestan servicios al mismo paciente. La doctrina se inclina por admitir, respetando el principio de la independencia del médico ("un derecho del enfermo"), que la responsabilidad es individualizada, respondiendo cada uno por sus actos (Chammard - Monzein, op. cit., pág. 168 y siguientes).

Sin embargo, estableciéndose entre ellos una relación de sub-

ordinación (de hecho o reglamentaria) es posible aplicar la regla de la responsabilidad transubjetiva del artículo 1521, III, del C.C., siendo para eso necesario inicialmente definir el ámbito de decisión de cada uno: si el subordinado apenas cumplió órdenes, responde sólo el superior, si tuvo condiciones para concurrir en la decisión, ambos responden solidariamente. Por los actos del aprendiz, que desarrolla actividades de aprendizaje bajo la directa supervisión del orientador, no responde sino este.

En las relaciones entre el generalista y el especialista: a) responde el generalista que deja de llamar un especialista cuando las condiciones lo recomendaban y había posibilidades para ello (Aguiar Dias, Responsabilidades dos médicos, Coad, pág. 10); b) el generalista que cumple las recomendaciones del especialista, contratado por el paciente, no responde por las consecuencias que de allí se deriven, atribuibles al especialista; c) no obstante, si optar por otra indicación terapéutica, responde el generalista por los daños.

El médico que estuviere eventualmente imposibilitado para prestar personalmente los servicios a su paciente podrá providenciar su substitución. En ese caso, advierte la Profesora Vera Fradera, cuando el sustituido dirige la acción del sustituto, responde el primero como preponente; si no, la responsabilidad es apenas del sustituto, de naturaleza extracontractual, pues entre este y el paciente no se estableció ningún vínculo ("A responsabilidade civil dos médicos", Ajuris, 55/117). Diferente es la situación del médico que, pudiendo rehusar sus servicios (artículos 35 y 58 del Código de Etica) simplemente indica otro profesional, por cuyos actos no se responsabiliza.

El médico que solicita un examen, que no sea común ni de rutina, debe avisar al paciente los riesgos a que estará sujeto, respondiendo por su omisión. Esa responsabilidad no elimina la del médico encargado de realizar el examen, pues este más que ninguna otra persona, sabe o debe saber de la peligrosidad de los aparatos, sustancias y técnicas que utiliza, correspondiéndole no apenas velar por la seguridad del paciente, sino particularmente el deber de informarlo de los riesgos. Es inaceptable la afirmación de que "o médico executor de aortografia não responde por culpa se deixa de avisar o paciente dos riscos do exame - obrigação que

incumbe ao médico clínico, solicitante do exame" (4ª CCTJRS - 68/340).

Por la utilización de instrumentos peligrosos que causen daños a sus pacientes responde el médico (Andorno, Responsabilidad civil médica, Ajuris, pág. 230) haya sido él quien manipuló el instrumento o aparato, o haya sido un no médico, su empleado (Janine Ambialet, Responsabilité du fait d'autrui en droit médical, LDGJ, París, 1965, pág. 129). "Hay una tendencia, legítima, de hacer pesar sobre el profesional una obligación de resultado a partir del momento en que la prestación es de orden material. La novedad reside precisamente en el hecho de que la responsabilidad de pleno derecho, aquí, se aplica a la prestación misma del médico" (Rev. Trim. de Droit Civil, 1986, pág. 763).

La responsabilidad del médico en relación con las cosas e instrumentos que utiliza, se deduce del principio general de la responsabilidad del dueño o detentor, ya anteriormente citado cuando se trató del hospital. Si el defecto es de fabricación responde el fabricante, independientemente de la prueba de culpa (art. 12 del Cód. Def. Consumidor).

Hasta aquí tratamos de la medicina privada, prestada por hospitales y clínicas particulares, ejercida por médicos profesionales liberales.

7. La asistencia y los hospitales públicos

Los hospitales públicos, de la Unión, Estados, Municipios, sus empresas públicas, autarquías y fundaciones, están sometidos a un tratamiento jurídico diferente, dislocadas sus relaciones para el ámbito del derecho público, particularmente del derecho administrativo, en el capítulo que trata sobre la responsabilidad de las personas de derecho público por los daños que sus servidores, en esa calidad, causen a terceros. Dispone el artículo 37, § 6º de la Constitución de la República: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Se adoptó el principio de la responsabilidad objetiva, correspondiéndole al Estado el deber de indemnizar siempre que se demuestre la existencia de hecho practicado por un agente del servicio público que, en esa calidad, cause daño (es la responsabilidad por hecho del servicio) eximiéndose la administración, total o parcialmente, si prueba la fuerza mayor, el hecho necesario o inevitable de la naturaleza, o la culpa exclusiva o concurrente de la víctima.

La disidencia que se desarrolló en la doctrina sobre la prevalencia de la teoría del riesgo integral o del riesgo administrativo no tiene mayor importancia, pues los defensores de ambas corrientes aceptan la posibilidad de exclusión o atenuación de la responsabilidad del Estado siempre que probada la actuación de factores causales extraños al Estado, como la culpa exclusiva o concurrente de la víctima (Alcino Pinto Falção, Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de Direito Público, RDA, 11/45; Yussef Said Cahali, Responsabilidade civil do Estado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, págs. 30 y siguientes; Edmir Netto de Araujo, Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, pág. 42). Solamente una corriente minoritaria defiende que el Estado responde siempre, aun cuando la víctima sea culpable del evento. El STF ha acogido reiteradamente la teoría del riesgo administrativo: Ac. de 24-2-1987, en Al 113.722-3, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanchers, en Lex - JSTF, 103/25. En el mismo sentido: RTJ 55/50. Ver: Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 1989, págs. 549 y siguientes; Carlos Mário da Silva Velloso, Responsabilidade civil do estado, Revista de Informação Legislativa, 1987, Nº 96, pág. 233 (Aguiar Jr. Ruy Rosado, "A Responsabilidade Civil do Estado pelo excercício da atividade jurisdicional no Brasil", en Revista Ajuris, 59/5 nota 16; en "Los nuevos daños", coordinador Carlos A. Ghersi, Hammurabi, 1995, pág. 251).

Sin embargo, esa responsabilización del Estado por hecho del servicio no puede ser sometida a un régimen único. Así, cuando se trata de omisión del estado en evitar un resultado que debería impedir, en razón de su posición de garantizador del bien (ej. daños derivados de inundación), su responsabilidad se establece solamente una vez demostrada la culpa del servicio; igualmente la

responsabilización del Estado por los actos del juez presupone el funcionamiento anormal de la justicia (Aguiar Jr. op. cit.). Se presenta entonces la cuestión sobre la actuación de los servicios públicos de salud prestadores de servicios médico-hospitalarios.

Canotilho clasifica la responsabilidad por hecho de la función administrativa en: (a) responsabilidad por actos administrativos lícitos en que hay la imposición de un sacrificio inexigible, y (b) la responsabilidad por riesgo, que puede derivar de daños resultantes de trabajos públicos, de actividades excepcionalmente peligrosas, de vacunaciones obligatorias, de la acción de presos forajidos o alienados, del funcionamiento de máquinas empleadas en la actividad administrativa, del riesgo social, de necesidad administrativa y de calamidades nacionales (Canotilho, José Joaquín Gomes, "O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos", Almedina, Coimbra, págs. 231 y siguientes).

La responsabilización del Estado por el riesgo deriva del propio hecho del desempeño de la actividad peligrosa que el estado ejerce para la realización de sus fines y en la consecución del bien común, cuyos daños no pueden ser transferidos al individuo. No obstante, cuando la actividad es ejercida para beneficio del ciudadano que recibe del servicio público el tratamiento para su enfermedad, puede preguntarse si el Estado también responde ahí objetivamente por todo el daño sufrido por el paciente, independientemente de la regularidad del servicio prestado. Tratando de la situación de quien solicita el servicio de vacunación, afirmó Canotilho: "Nesta hipótese, poderia dizer-se que quem aceita uma atividade perigosa no seu exclusivo interesse deverá suportar o risco correspondente... (mas) será sempre de por a questão da omissão de um dever de cuidado por parte dos serviços de saúde na hipótese que estamos analisando. Aceitar-se-ia, pois, a demonstração de uma atividade faltosa dos serviços competentes" (op.cit., pág. 252, nota 47). ¿Puede ser indemnizado el daño producido por la muerte de un paciente internado en hospital público, para el cual la ciencia recomendaba la realización de cirugía efectuada con todos los cuidados y de acuerdo con las prescripciones médicas, pero que aún así se reveló sin éxito causando la muerte? mejor incluir tal hipótesis en el ámbito restricto de la responsabilidad por culpa del servicio, pues no parece razonable imponer al Estado el deber de

indemnizar daño producido por servicio público cuya acción, sin ninguna falta, haya sido practicada para beneficiar directamente al usuario. Por eso y para no huir del sistema, así como está instituido en el texto constitucional, debemos refluir para el examen del requisito de la *causa* del daño, en la hipótesis en que haya resultado dañoso a pesar de los esfuerzos del servicio público para el tratamiento del enfermo se elimina la responsabilidad del Estado siempre que la administración pública demuestre el procedimiento regular de sus servicios, atribuida la causa del resultado dañoso a un hecho de la naturaleza. Al tratar de la exclusión de la responsabilidad del Estado, enseña el profesor Yussef Cahali, partidario de la responsabilidad objetiva del Estado por la teoría del riesgo: "A segunda regra pode ser estabelecida reconhecendo-se a nenhuma responsabilidade ressarcitórica se o dano sofrido pelo particular tem a sua causa no fato de força maior, conseqüência de eventos inevitáveis da natureza: a exclusão de responsabilidade da Administração decorre da não-identificação de nenhum nexo de causalidade entre o evento danoso e a atividade ou omissão do Poder Público" (op. cit., pág. 373). Así, el Estado se exonera del deber de indemnizar por daños derivados del ejercicio de su actividad médico-hospitalaria siempre que demuestre que la causa del daño no se debió a un médico a su servicio, pero si resultó de las condiciones propias del paciente.

La jurisprudencia se divide en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del Estado por actos dañosos practicados en los hospitales públicos por sus servidores, sean médicos, enfermeros o funcionarios, pero la mayoría se inclina por la responsabilidad objetiva. Una sentencia de 16-9-86 del antiguo Tribunal Federal de Recursos se encuentra así modificada: "Realizada a cirugia, com técnica adequada, não se atribuindo à negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião, o acidente imprevisível de que resulta comprometimento do nervo ciático, com sequela de redução de movimentos do joelho e paralisação do pé, não há como responsabilizar civilmente, por indenização correspondente, o cirurgião que recomendou o tratamento e o executou. A responsabilidade da entidade empregadora do encarregado do tratamento é, contudo, fundada no art. 107 da Constituição (de 1967), que adota o princípio da responsabilidade objetiva, pelo risco

administrativo, em que a indagação de culpa é pertinente apenas para possibilitar o regresso ou para elidir o dever de indenizar, quando, no primeiro caso haja culpa do preposto e, no segundo, a culpa pelo evento seja exclusivamente da vítima" (Ap. Cív. 80.336, 1ª Turma). Otro en el mismo sentido: "Responsabilidade civil. Menor hospitalizado às custas e sob a responsabilidade do INAMPS... Causalidade inafastável entre o dano e ato, sem concorrência qualquer da menor ou de seus genitores. Aplicação da teoria do risco administrativo, inserta no artigo 107, da Constituição Federal (de 1967)" (AC de 25-6-85, en la Rev. do TFR, 124/163). Igual orientación fue reafirmada en la Ap. Cív. 35.424-SP, en que la 4ª Turma del TFR consideró aplicable el principio de la responsabilidad objetiva del Estado para la indemnización de daño provocado por los servicios del INPS. El Tribunal Regional Federal de la 1ª Región (Brasilia) tiene varias decisiones admitiendo la responsabilidad objetiva de los hospitales mantenidos por el INAMPS (Ap. Cív. 89.01.221268-MG, de 17-9-90; Ap. Cív. 89.01.226480-AM de 12-9-90: "As pessoas jurídicas respondem pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (art. 27, § 6º, CF), sendo de natureza objetiva a responsabilidade, somete elidível por prova exclusiva da parte contrária" (Ap. Cív. 92.01.32316-6-MG, de 3-3-1993).

Ya el Tribunal de Justicia de São Paulo, en la Ap. Cív. 76.340-1 de la 5ª Cámara Civil, de 23-4-87, consideró indispensable la prueba de la falta anónima del servicio.

La mejor solución está en el justo medio: no se atribuye al Estado la responsabilidad por el daño sufrido por paciente que acude a los servicios públicos de salud, cuando probada la regularidad del atendimiento dispensado, ni se exige de la víctima la prueba de la culpa del servicio; en principio el Estado responde por los daños sufridos en consecuencia del funcionamiento anormal de sus servicios de salud, exonerándose de esa responsabilidad mediante la prueba de la regularidad del atendimiento médico-hospitalario prestado, derivando el resultado de hecho inevitable de la naturaleza.

El médico servidor público, por los actos practicados en esa condición, puede determinar la responsabilidad de la entidad pública a la que está vinculado. Él responde regresivamente frente

al ente público condenado a indemnizar el daño, si demostrada su culpa, pues la falta puede ser anónima, atribuida al servicio, sin posibilidad de individualización del agente. La responsabilidad directa y primaria es del Estado; la del médico, como la de todo servidor público, debería ser apenas indirecta, restituyendo el perjuicio sufrido por el Estado desde que probara su culpa. El Supremo Tribunal Federal, todavía interpretando la constitución anterior que en ese punto no fue substancialmente modificada, tiene reiteradas decisiones sobre la admisibilidad de acción directamente contra el servidor, en litisconsorcio facultativo con el Estado, desde que el autor se proponga probar, en relación con el servidor, que este actuó con culpa (RTJ 115/1383, 106/1182; 96/237).

La responsabilidad que surge para el poder público es de naturaleza extracontractual, sometida a las reglas del derecho administrativo, pues en la relación paciente y hospital no se trata de contrato. Figueiredo Dias e Monteiro sustentan que, aun cuando entre el enfermo y el médico que lo asiste en hospital público, por deber de oficio, no haya contrato, debe ser reconocida la existencia de una relación contractual de hecho entre el paciente y la organización hospitalaria, pues el enfermo internado no es un extraño (op. cit., pág. 64). Ocurre que los deberes de cuidado y de protección que resultan del comportamiento social tipo de la internación derivan del principio de la buena fe y su incumplimiento puede ser examinado, en el derecho brasileño, a la luz del artículo 159, que fija el deber de indemnizar los daños derivados de actos practicados con negligencia, imprudencia o impericia (ilícito absoluto).

El Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) puede prestar servicios hospitalarios a través de sus propios hospitales o entidades vinculadas y por médicos registrados. Celebrando convenios con hospitales particulares es del Instituto la obligación de fiscalizar la prestación de tales servicios y es, en consecuencia, suya la responsabilidad por los daños causados en pacientes, sus asegurados. Fue eso lo que decidió el Tribunal de Alçada de Minas Gerais, en el Al 135.591-7, de 24-11-92: "Ao exame do contrato de fls. dessume-se que a agravada é obrigada a oferecer internação e tratamento a todas as pessoas que o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica, depois substituido pelo INSS) lhe enviar

(cláusula primeira), como também o aludido órgão público tem o direito de fiscalizar os serviços médico-hospitalares prestados pela agravada... Deflui dessa circunstância que o referido órgão público é responsável pelo tratamento médico-hospitalário dado aos seus beneficiários, inclusive pelos danos advindos a eles na realização do aludido tratamento... o INAMPS é obrigado a responder pelos danos causados a terceiros, no exercício da sua função, consoante os precisos termos do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal".

También ha sido reconocida la responsabilidad del Instituto por los actos de los médicos registrados (TRF de la 1ª Região, Ap. Cív. 89.01.221268; TRF de la 1ª Região, Ap. Cív. 89.01.226.480; TRF de la 3ª Região, Ap. Cív. 90.03.12035-8, de 16-12-91). Responden los médicos directamente probada su culpa y el Instituto solidariamente.

8. Las entidades privadas de seguros y de asistencia médica

El servicio de previsión privada asume cada día mayor importancia en el país. Las dificultades encontradas por la seguridad social para una actuación eficaz en el ámbito de la salud ha llevado un gran número de personas a la protección complementaria en el área de la seguridad privada que hoy alcanza a 35 millones de personas, de las cuales 28 millones están vinculadas a empresa. A pesar del costo (U$ 35,00 por persona) esa cifra tiende a expandirse.

La entidad privada de asistencia de salud, que asocia interesados a través de planos de salud y mantiene hospitales o vincula otros para la prestación de los servicios a que está obligada, tiene la responsabilidad solidaria por la reparación de los daños derivados de servicios médicos u hospitalarios registrados. La 2ª Cámara Civil del TJSP, siendo relator el Des Walter Moraes, en los Emb. Infr. Nº 106.119-1, decidió de la siguiente manera: "Empresa de assitência médica. Lesão corporal provocada por médico credenciado. Responsabilidade solidária da selecionadora pelos atos ilícitos do selecionado... Embargante: Golden Cross Assitência Internacional de Saúde". Igualmente el Tribunal de

Justicia de Río de Janeiro, en el Al 1.475/92, por su 2ª Cámara Civil, admitió que "se há solidariedade da empresa de assistência médica, do médico por ela credenciado e do hospital, na reparação dos danos, contra qualquer deles pode dirigir-se o pedido". También en una acción de indemnización promovida contra la clínica médica y la empresa de salud Blue Life, fue establecido: "A corré também é responsável solidariamente em decorrência do contrato de assistência médica havido com a autora. Tendo aquela credenciado o réu para a prestação dos serviços médicos, assumiu a responsabilidade para a sua perfeita execução" (Voto vencido proferido en la AC 140.190-1, de 6-12-90 acogido después en los embargos infringentes juzgados en 6-8-92). En la Apelación Civil 165.656-2 el TJMG reconoció la responsabilidad solidaria de la Golden Cross con el médico contratado por ella (AC de 14-12-93).

La situación es diferente con relación a los planos de salud que dan libertad para la elección de médicos y hospitales, y los seguros-salud, que reembolsan apenas los gastos efectuados por el paciente, por esta razón no responden por los errores de los profesionales libremente seleccionados y contratados por su asegurado.

Las instituciones privadas se valen de contratos de adhesión, cuyas cláusulas muchas veces no se armonizan con el principio de la buena fe objetiva ni con las reglas del Código de Defensa del Consumidor. Conviene examinar, aunque brevemente, algunos ejemplos de ese conflicto que tiende a ampliarse en la medida en que se extiende el campo de la seguridad privada, utilizando información jurisprudencial recogida en el Estado de São Paulo por el Dr. Aristóbulo de Oliveira Freitas:

a) No se admitió como válida la cláusula de exclusión de pago de seguro de reembolso de gasto con internación hospitalaria, cuando, a pesar de la internación, no haya cirugía (3ª CCTJRS, 30/9/92, AC 592070528).

b) La limitación del número de días de internación no fue aceptada por la 15ª CCTJSP, en la AC 222.217-2/7, en sentencia de 22-2-94, porque "a norma contractual há de ser sopesada ante a realidade da situação individual, sob pena de chegar-se ao absurdo de impor ao próprio paciente que limite a extensão de seu mal ou que estabeleça o prazo da sua internação, tarefa que na realidade está afeta ao médico acompanhante. No caso presente,

tem-se que o paciente esteve internado por seis dias, além dos trinta dias, vindo o óbito".

c) Se juzgó inadmisible la exigencia de presentación del registro de internación suscrita por el médico vinculado al plano hasta 24 horas después de la internación de urgencia determinada por médico no registrado: "se o paciente é atendido por médico particular e nessa situação é internado, é mais do que evidente que nenhum outro médico credenciado interferirá ou assinará requisição de guia, criando-se um impasse que, como bem salientou o julgado, viola a essência do contrato" (AC de la 14ª CCTJSP, en la AC 222598-2/3, de 8-3-94).

d) Los contratos de seguros o de asistencia excluyen, de manera general, la cobertura para el tratamiento de los pacientes afectados por el virus del SIDA. La resolución 1401/93 del Consejo Federal de Medicina condenó esa práctica, pero en los tribunales las decisiones son divergentes. La 5ª CCTJRS consideró que la mera exclusión de tratamiento de molestia infecto-contagiosa de notificación obligatoria no es cláusula abusiva (MS 594012130, de 14-4-94), invocando otra decisión en el mismo sentido, de la 4ª CCTJRJ en la AC 6.217/93 y el contenido de la Circular 10/93 de la Superintendencia de Seguros Privados (SUSEP), órgano federal encargado de la fiscalización de las compañías de seguros, prohibiendo la inclusión en los seguros de asistencia médica u hospitalar de coberturas no particularizadas en la póliza. Ya la 14ª CCTJSP en mandado de segurança, interpuesto para garantizar la continuidad de la asistencia, afirmó con mejor sentido que "a supressão de determinados tratamentos como é aquele aqui contemplado configura em princípio uma cláusula abusiva nos termo do artigo 51,1, § 1º da lei 8079, de 11-9-90 (Cod. Def. Consumidor)" (MS 224430-2/3 de 3-5-94). La 18ª CCTJSP consideró que, si la asistencia está siendo prestada ella debe continuar de cualquier forma "na medida em que a suspensão de tratamento médico do paciente aidético, como notório, implica abreviação da morte", siendo reservado a la aseguradora el derecho de, en la acción principal, cobrarse los gastos efectuados una vez acogida su tesis de exclusión (MS 231992-2 de 29-3-94).

e) Si el asegurado procura un hospital vinculado con el plano de salud (Blue Life) se consideró abusiva la cláusula que condi-

cionaba la cobertura al atendimiento por un médico registrado al plano: "A cláusula VI, inc. 8º, do mesmo plano de saúde exclui da obrigatoriedade do ressarcimento, tratamento e exame de qualquer espécie por médicos não credenciados, mas, como se pode concluir, trata-se de verdadeiro artifício malicioso utilizado pela ré apelada, porquanto ao credenciar determinado hospital está aceitando o tratamento por médicos a este vinculados, e não seria possível ao autor ficar procurando médico que se dipusesse a atendê-lo nesse hospital" (AC 223242-2/8, 18ª CCTJSP, de 9-5-94).

f) Es bastante común la cláusula abusiva que permite a al entidad de asistencia rescindir unilateralmente el contrato, utilizada cuando el paciente envejece o comienza a aparentar enfermedades. La 19ª CCTJSP, en la AC 292337-2/6, consideró inválida la cláusula que permitía a la compañía AMIL la extinción unilateral del contrato de cobertura de servicios médicos, aun durante el período de carencia (25-10-93). Ya la extinción del contrato por falta de pago de las prestaciones solamente puede suceder "após constituído o devedor em mora, já que não se cuida na espécie de mora *ex ré*, pois as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor do consumidor" (AC 18ª CCTJSP, AC 233323-2/6, de 9-5-94). En esa misma sentencia fue excluida la cláusula que establecía carencia por días de atraso en el pago de las prestaciones.

La defensa judicial de los asociados de una institución privada de seguros o de asistencia médico-hospitalaria puede ser individual o colectiva (art. 80 del Cód. Def. Consumidor). La defensa colectiva (art. 81) será ejercida cuando se trate de intereses colectivos o *difusos* (los trans-individuales, indivisibles, de personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho), de intereses o derechos *colectivos* (los trans-individuales, indivisibles, de grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base), y de intereses o derechos individuales *homogéneos* (los que derivan de origen común). Son legitimados, concurrentemente, el Ministerio Público, la Unión, Estados y Municipios, las entidades de la administración pública destinadas específicamente a la defensa de esos intereses y derechos, y las asociaciones, constituidas con por lo menos un año de antecedencia, que tengan por causa su defensa (art. 82). Los intereses y derechos de los asociados de una compañía de seguros o de

asistencia médica pueden ser clasificados en el grupo de los intereses o derechos colectivos, siendo posible la acción colectiva cuando se cuida, genéricamente, de la eliminación de una cláusula abusiva usada en contrato de masa o de la reducción de reajustes de prestaciones, siendo legitimada para promover la acción la asociación privada constituida para la defensa del consumidor. En el Brasil la más activa y respetada entidad de este género es el IDEC - Instituto Brasileño de Defensa del Consumidor, con sede en São Paulo, de significativa actuación en el área cuya legitimidad activa ha sido reconocida para promover acciones civiles públicas sobre la validez de cláusulas y prácticas en ese ámbito (Emb. Infr. 180713-8-01, de 20-12-93).

9. Daño

Presupuesto de la responsabilidad es el daño (toda ofensa a bienes o intereses ajenos protegidos por el orden jurídico) que puede ser patrimonial, de naturaleza material o económica, repercutiendo en el patrimonio del perjudicado, o extrapatrimonial, relativo a valores de orden espiritual (Mário Júlio, Direito das obrigações, pág. 389). El mismo hecho puede generar las dos responsabilidades, que son susceptibles de acumulación.

La ofensa a la persona puede traer perjuicios de naturaleza variada, (a) provocando muerte, enfermedades, incapacidades orgánicas o funcionales; (b) generando consecuencias de orden psíquica, sexual o social; (c) frustrando el proyecto de vida de la víctima. Tales daños pueden afectar, de acuerdo con su naturaleza, tanto al paciente como a sus familiares.

En la verificación de la existencia del daño se toma en consideración el estado anterior del paciente cuando ya haya presentado deficiencias a las cuales se acrecienta el hecho de la intervención médica, de tal manera que el daño ahora producido sea particularmente más grave en razón de la deficiencia anterior, como ocurre para quien ya no tenía el par del órgano duplo y pierde el segundo, o era portador de una deficiencia cardíaca aumentada con el hecho sobreviniente. El daño por el cual responde el médico es

el directamente derivado de su acción, agravado por las condiciones personales del paciente, pues este resultado más grave estaba en la línea de la causalidad puesta por la acción del médico.

Para su evaluación debe ser considerada la mejoría del estado del paciente favorecido por la actuación médica. Queda excluida la alteración que se constituya medio necesario para la realización del acto médico, como la incisión quirúrgica, practicada de acuerdo con los padrones aceptados.

Cuando hubiere la intervención de diversos agentes, constituye un problema de causalidad determinar lo que debe ser atribuido a cada uno. La 2ª CCTJRS juzgó improcedente, por falta de pruebas, la acción de indemnización promovida por una paciente, sometida a tres cesáreas por diferentes médicos, en cuyo abdomen fue encontrado un cuerpo extraño (RJTJRS, vol. 167, pág. 412).

A continuación serán examinadas algunas situaciones en que el daño es excepcionalmente autorizado: aborto, operación transexual e investigación médica.

Aborto

El aborto es práctica prohibida por el Código Penal (artículos 124, 125 y 126) solamente es permitido el practicado por médico si aparece como necesario para salvar la vida de la gestante o para interrumpir el embarazo resultante de estupro (art. 128). El Código de Ética Médica prohíbe el incumplimiento de la legislación específica sobre el aborto (art. 43). Se trata de un hecho social más que jurídico pues el radicalismo de la solución legal lleva los interesados para la clandestinidad donde el riesgo queda agravado superlativamente. De acuerdo con datos estadísticos, en el municipio de São Paulo para cada 100.000 nacidos vivos 99.5 es la tasa de muerte materna, siendo el aborto responsable por 10.7% de esas muertes (Bacha, Ângela Maria, y Grassiotto, Oswaldo, "Aspectos eticos das práticas abortivas clandestinas", en "Bioética", vol. 2, Nº 1, págs. 53/59, 1994). La decisión para el aborto, en los casos permitidos por el Código Penal llamados aborto necesario y de honra, es reservada al médico; sin embargo, cuando se trata de estupro si no hay una sentencia judicial autorizando el aborto o

una sentencia condenatoria penal del autor del hecho (lo que difícilmente va a ocurrir dada la brevedad del tiempo) el médico debe protegerse con la exigencia de presentación de documento que lo convenza de la existencia del estupro. En sus comentarios al Código Penal, Nelson Hungria enseña:

"Se existe, em andamento, processo criminal contra o estuprador, seria o mesmo de bom aviso que fossem consultados o juize o representante do Ministério Público, cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvessem indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado"... "Na prática, para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória do estuprador. Entretanto, se o conhecimento de alguma circunstância foi razoavelmente suficiente para justificar a credulidade do médico, nenhuma culpa terá este, no caso de verificar-se posteriormente, a inverdade da alegação. Somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente" (vol. V. pág. 313).

Esto se recomienda para evitar el fraude a la ley o una imputación precipitada.

La 24ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Oslo 1970, adoptó una declaración sobre el aborto terapéutico, en relación con el cual debe ser observado:

a) la decisión de interrumpir un embarazo debe ser normalmente aprobada por escrito por lo menos dos médicos escogidos en razón de su competencia profesional;

b) la intervención deberá ser practicada por médico habilitado, en establecimientos autorizados por las autoridades competentes. Sin embargo existe una reserva;

c) si el médico, en razón de sus convicciones, se considera impedido de aconsejar o de practicar el aborto, él puede negarse a hacerlo asegurando la continuidad de los cuidados por un colega calificado. (Dallari, Sueli Grandolfi, "Aborto, um problema ético da saúde pública", Bioética, vol. 2, Nº 1, págs. 37/41, 1994, São Paulo).

Tenemos conocimiento de sentencias autorizando el aborto fuera de los casos permitidos por la ley para la interrupción del embarazo de feto anencéfalo (Bacha e Grossiotto, cit. pág. 55), lo que constituye una solución de equidad.

Operación quirúrgica para cambio de sexo

El transexualismo es capaz de producir un profundo desequilibrio psíquico que puede conducir al suicidio, pero, como advierte Penneau ("La Responsabilité..., págs. 150/151) existe también el transexualismo de perversión. Ante la falta de una solución legislativa la jurisprudencia francesa negaba las solicitudes de transexuales. Habiendo emitido la Corte Europea sentencias condenatorias contra Francia por irrespeto del artículo 8º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, la Corte de Casación en 1992 aceptó el cambio de sexo (Chaves, Antônio. "Responsabilidade médica. Operações de mudança de sexo", en Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 126/33, 1994).

La legislación penal brasileña prevé como crimen de lesión corporal gravísima la acción de la cual resulta pérdida o inutilización de miembro, sentido o función (art. 129, § 2º, CP). No obstante, la jurisprudencia ha autorizado la operación, de lo que la sentencia de Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul constituye un buen ejemplo:

"Jurisdição voluntária. Autorização para operação. A pretensão da postulante de obter autorização para submeter-se a intervenção cirúrgica com o propósito de alteração de sexo, com extirpação de glândulas sexuais e modificações genitais, é de ser conhecida pelos evidentes interesses jurídicos em jogo, dados os reflexos não só na su vida privada como na vida da sociedade, não podendo tal fato ficar a critério exclusivamente das normas ético-científicas da medicina".

La otra cuestión, consecuente a la operación, es la alteración del registro civil que también ha sido autorizada pues se trata de una simple conformidad de este con la nueva realidad. Los certificados suministrados por la Oficina de Registro Civil no deben contener referencia al hecho de la operación para no mantener en los documentos la dualidad que ya atormentaban al transexual, salvo el caso de certificado solicitado por el juez.

La investigación médica

El Tribunal de Nuremberg, ante el horror por el que pasaron

las víctimas de los campos de concentración, juzgó conveniente estipular diez reglas sobre los experimentos en humanos: el sujeto debe tener la capacidad de consentir y dar su consentimiento libre de cualquier coacción siendo plenamente esclarecido; la experiencia debe ser necesaria e imposible de realizar de otro modo; debe ser precedida de experiencias en animales y de un estudio profundo de la cuestión; debe evitar todo el sufrimiento y el daño no necesarios; no debe presuponer la muerte o la invalidez del sujeto; los riesgos no deben exceder el valor real del experimento; debe ser evitado todo el daño eventual; el experimentador debe ser calificado; el sujeto debe poder interrumpir la experiencia; el investigador debe estar listo a interrumpir la experiencia en caso de peligro.

Esas recomendaciones, un avance para la época y fundamentadas básicamente en las prescripciones adoptadas por la asociación americana, ya sufrieron críticas por sus insuficiencias (Laget, "Expérimentation et médicie", en "Le médecin face aux risques et a la responsabilité", Fayard, 1968, pág. 301).

La materia vino a ser reglamentada exhaustivamente en el Brasil en el año de 1988 a través de dos textos.

El Código de Ética Médica (resolución Nº 1246/88) prohíbe al médico:

—Participar de cualquier tipo de experiencia en el ser humano con fines bélicos, políticos, raciales o endémicos; — la investigación sin consentimiento claro por escrito; — el uso de terapéutica no liberada, sin autorización de los órganos competentes y sin consentimiento del paciente; — promover investigación en la comunidad sin el consentimiento de la colectividad y sin que el objetivo sea la protección de la salud pública; — obtener ventajas personales o renunciar a su independencia en relación con los financiadores; — realizar investigación médica en ser humano sin aprobación y sin acompañamiento de una comisión exenta; — servirse de voluntarios dependientes o subordinados al investigador; — realizar investigación con suspensión o no uso de terapéutica consagrada en perjuicio del paciente; — realizar experimentos con nuevos tratamientos en paciente incurable o terminal sin esperanza razonable de utilidad (artículo 122 a 130).

En 1988 el Consejo Nacional de Salud editó la resolución Nº 1 de 13-06-88 donde reglamentó la investigación en el área de la salud disponiendo sobre: normas generales de investigación en salud; aspectos éticos de la investigación en seres humanos; investigando nuevos recursos profilácticos; diagnósticos terapéuticos y de rehabilitación; investigación en menores de edad inferior a 18 años completos y en individuos sin condiciones de dar conscientemente su consentimiento en particular; investigación en mujeres de edad fértil, mujeres embarazadas, investigación en conceptos; investigación durante el trabajo de parto, en el puerperio y en la lactancia; investigación en óbito fetal; investigación en individuos con restricción presumible y espontaneidad en el consentimiento; investigación en órganos, tejidos y sus derivados, cadáveres y parte de seres humanos; de investigación farmacológica; de la investigación y otros recursos nuevos; de investigación con microorganismos patogénicos o material biológico que pueda contenerlos; investigación que implique en la construcción y manejo de ácidos nucleicos recombinantes; investigación con isótopos radioactivos, dispositivos y generadores de radiaciones ionizantes y electromagnéticas; de los comités internos de las instituciones de salud; ejecución de la investigación en las instituciones de salud (ver sobre el tema, Chaves, Antônio, "Pesquisas em seres humanos", Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Nº 108, 1990, pág. 229).

10. Causalidad

A fin que una modificación en el mundo exterior pueda ser atribuida a alguien es preciso determinar que el factor causal de ese resultado fue puesto por el imputado, tratándose de responsabilidad por hecho propio, o por persona o cosa por la cual él responda.

Sucediendo los hechos siempre en un contexto de múltiples factores y condiciones, pues nada se da de manera aislada, es indispensable determinar cual es la condición determinante del resultado a fin de que este pueda ser imputado a su autor. En el

Derecho Penal, donde la materia es extensamente estudiada en razón de la posición preeminentes que el punto asume en la responsabilidad criminal, surgieron varias teorías para definir entre todas las condiciones cual es la causa del daño. La más aceptada, inclusive en el ámbito del Derecho Civil, es la teoría de la causalidad adecuada según la cual el juez, en un juicio de inferencia establecido a partir de los datos experimentales, determina cual, en aquellas circunstancias, era la condición más adecuada para producir el resultado. El autor de esa condición responde por el resultado dañoso.

La resolución del tema de la causalidad, tratándose de responsabilidad médica, ha constituido siempre un tormento para la doctrina y también para los tribunales, una vez que la acción médica se hace presente en situaciones peculiares, provocando reacciones orgánicas y psíquicas a veces imprevisibles y de consecuencias serias. De ahí la dificultad de explicar cual fue realmente la causa puesta por el galeno. La cuestión se agrava aun más cuando interfieren condiciones supervivientes con la participación de otras personas, médicas o no; en estos casos no existe la responsabilidad del que primero actuó, si el resultado derivó de un hecho nuevo y ajeno que por sí solo causó el resultado.

Para vencer la dificultad de la prueba del nexo de causalidad la jurisprudencia francesa acepta la teoría de la pérdida de una oportunidad. En un juicio de 1965 la Corte de Casación admitió la responsabilidad médica porque el error de diagnóstico llevó a tratamiento equivocado, privando a la víctima de una oportunidad de cura. En verdad, de acuerdo con esta teoría, el juez no está seguro de que el evento habría ocurrido por la acción del médico pero la falta facilitó la ocurrencia del resultado. El profesor François Chabas critica la solución en la cual se hace abstracción del vínculo de causalidad, presumiéndose su existencia, y preconiza el retorno a la teoría clásica de la culpa con nexo causal. Jean Penneau también la critica, pero Chammard y Monzein consideran que la actual orientación de la Corte francesa, ante la evolución actual de la medicina, es una solución de equidad y necesaria (Penneau, "La responsabilité...", págs. 114 y siguientes; Chammard y Monzein, op. cit., pág. 102).

11. Conclusión. Perspectivas actuales

El desplazamiento del eje de la teoría de la responsabilidad civil pasó del autor del acto ilícito para la víctima del daño, lo que ocurrió a partir del trabajo de Boris Starck y constituye hoy su más fuerte tendencia. "La responsabilidad que mira a la víctima es, a nuestro juicio, la verdaderamente jurídica" (Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad civil, Hammurabi, 1992, pág. 30). Lambert-Faivre publicó un artículo en la "Revue Trimestrielle de Droit Civil" (1987, pág. 1), con el sugestivo título: "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad, a un crédito de indemnización" y allí analizó dos recientes leyes francesas (la de circulación de vehículos, de 5-7-1985; la de indemnización por actos de terrorismo, de 9-9-1986) donde muestra que el eje de la responsabilidad civil, antes centralizado en el sujeto responsable, hoy está en la reparación del daño a la víctima, quedando marginalizada la persona del agente.

Paralelamente a esta tendencia aún existe la inseparable realidad del aumento creciente del número de reclamaciones administrativas o judiciales fundamentadas en culpa atribuida a la actuación médica. Sus valores, en el Brasil, son relativamente bajos pero en los EE.UU. llegan a millones (Antônio Chaves, Responsabilidade civil das clínicas hospitais e médicos, Revista Jurídica, 158/118), igualmente en el Canadá, donde la empresa aseguradora Lloyds de Londres llegó a afirmar: "Cambien la responsabilidad civil o la manera de indemnizar, sino, nosotros nos iremos, porque no es rentable" (Louis Perret, "Indemnización del daño físico grave", en "Daños", Depalma, pág. 23).

Los médicos y juristas que han estudiado el asunto concluyen de manera uniforme por la necesidad de la repartición económica del riesgo del ejercicio de la medicina. Genevieve Viney ya demostraba su necesidad delante de las modernas características de la actividad técnica (Le declin de la responsabilité individuelle, LGDJ, 1965). El Profesor André Tunc, en su trabajo, "L'assurance tous risques medicaux" (en Le médecin face aux risques et a la responsabilité, Fayard, 1968, pág. 16), considera mejor subsistir la responsabilidad civil individual del médico por el seguro. Guido Alpa responde a la objeción que se hace a la institución del seguro

médico, que sería un factor de pérdida de la calidad de la medicina y del sentido de responsabilidad profesional, recordando que en Europa las órdenes profesionales son favorables a la difusión del seguro (L'assurance de responsabilité civile du professional en Droit italien", Revue Trimestrielle de Droit Comparé, 1993, 1, pág. 117).

En el Brasil, según informa Miguel Kfouri Neto ("A Responsabilidade civil do médico", Rev. Jurídica, 170/113), los profesionales médicos poco procuran el seguro de riesgo, lo que se debe, en parte, al hecho de que muchos de ellos son asalariados y, en parte, por el pequeño número de las acciones de indemnización. En el Congreso Nacional tramitan dos proyectos de ley. El de autoría del senador Nelson Carneiro instituye seguro obligatorio de los establecimientos que realizan cirugías con anestesia general; el del diputado Nelson do Carmo crea el seguro obligatorio contra errores médicos e infecciones hospitalarias, que sería contratado por el propio paciente. Las soluciones como podemos observar son incompletas.

No obstante, de todo lo anterior se concluye que el futuro se encamina para alguna forma de repartición de los riesgos a través del seguro, después de que sean resueltas las siguientes preguntas: "la definición de profesional; la definición de responsabilidad profesional; la determinación de las técnicas de distribución del riesgo profesional; los límites del seguro" (Guido Alpa, "L'assurance...", pág. 18).

Los Derechos del Hombre

Daños y protección a la persona

Coordinador
CARLOS A. GHERSI

FERNÁNDEZ SESSAREGO (Perú) / MOSSET ITURRASPE / RIVERA / RICHARD / STIGLITZ / COMPAGNUCCI DE CASO / TAMAYO JARAMILLO (Colombia) / CASTAÑO DE RESTREPO (Colombia) / RUY ROSADO (Brasil) / PIAGGIO / BENÍTEZ / LOVECE / DARAY / PUERTA DE CHACÓN / MILMAIENE / PIEDECASAS

Daño al proyecto de vida.
Límites de la responsabilidad sin culpa: asunción de riesgo y economía.
Responsabilidad médica y consentimiento del damnificado.
Cuestiones jurídicas en la biotecnología.
Los derechos de la mujer: en el trabajo, en la política y la familia.
La impunidad: en lo psicológico individual y social.
El fraccionamiento de la responsabilidad en los contratos de colaboración empresaria.
El consumidor y la publicidad.
Las decisiones judiciales y las políticas económicas: cuantificación de daños.
Accidentes de automotores y derechos del peatón.
Los nuevos derechos civiles constitucionales.

EDICIONES JURIDICAS CUYO

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidad civil del medico. In: GHERSI, Carlos Alberto (Coord.). **Los derechos del hombre**: daños y protección a la persona. Mendoza: Ediciones Juridicas Cuyo, 1997. p. 75-114.