

JUSTICIA ALTERNATIVA MÉDICA
2 ed., UANL, 2006, Prologo Sergio García Ramírez

La jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad médica
Dr. James A. Graham*

En Francia, la profesión médica es estrictamente reglamentada; esto además de que los médicos tienen que someterse a la disciplina del Colegio de los Médicos, que tiene entre otros la facultad de actuar como órgano administrativo para sancionar las violaciones del Código de deontología. Además, están sujetos también al derecho común, pudiendo ser demandados por la vía civil sobre el fundamento de la responsabilidad contractual (I) o sancionados por el derecho penal (II) como vamos a establecerlo a través de la jurisprudencia, sin entrar con ello en un debate doctrinal. Finalmente, queremos a través de la experiencia francesa hacer una propuesta para la práctica médica en México (III)⁺.

I – La responsabilidad contractual

Sí durante muchos años, la responsabilidad del médico fue extracontractual, la Corte suprema decidió cambiar de opinión y estableció en un considerando de principio que la responsabilidad del médico es de naturaleza contractual: “Se forma entre el médico y su cliente un verdadero contrato que implica para el práctico practicante la obligación de dar cuidados atentos, concienzudos y, salvo circunstancias excepcionales, en conformidad con los datos adquiridos de la ciencia; la violación, aunque involuntaria, de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, a saber contractual”¹. Sin embargo, persiste el problema sobre queda abierta la calificación de la obligación del médico; ¿se trata de una obligación de diligencia y prudencia o de resultado (A)?; impactando así sobre la carga de la prueba de la relación causal entre la conducta y el perjuicio (B).

A - Obligación de diligencia y prudencia

* Abogado y árbitro internacional. Socio fundador, *Lobo & Graham* (graham@lobo-graham.com). Director del Centro de Resolución de Controversias de la Facultad de Derecho de Monterrey y profesor de postgrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Presidente del Club de Arbitraje Internacional de Monterrey y Jurisconsulto del Colegio de Mediadores de Nuevo León.

⁺ Principales abreviaciones: Civ¹: sala civil de la Corte de casación; Crim: sala penal de la Corte de casación; AG: *Plenum* de la Corte de casación.

¹ Civ, 20/5/36: El razonamiento para la aplicación de las reglas de responsabilidad civil consistía en decir que la ley prevé una obligación general para el médico de actuar de manera prudente y profesional; consecuentemente el contrato no estaría añadiendo nada de nuevo y la responsabilidad tendría que ser extracontractual. Sin embargo, tal visión es falsa en el sentido de que si no hubiera un contrato, el médico no hubiera podido causar un perjuicio al paciente. Con los mismos motivos, la responsabilidad de los veterinarios es también contractual (Civ¹, 18/1/00).

La obligación principal del contrato médico en realidad se divide en dos obligaciones distintas, pero también complementarias, a saber la obligación de diligencia y prudencia en si misma (a) y una obligación de información (b).

a) Definición general de la obligación

No hay ninguna duda de que la obligación del médico puede solamente ser de diligencia y prudencia. En efecto, no es difícil entender que una constructora por ejemplo tiene por obligación el asegurar un resultado: la casa construida, pudiendo solamente exonerarse de su responsabilidad si hay la demostración de un caso de fuerza mayor. Tal razonamiento en materia médica no es posible, porque un médico no puede “garantizar” la salvación de su paciente. El sólo puede obligarse a hacer sus “mayores esfuerzos” para lograr salvar al paciente^{2,3}. Lógicamente, la responsabilidad contractual es también una responsabilidad por culpa⁴; la culpa siendo una conducta que no corresponde a la del *bonus pater familias*. Y lógicamente cualquier torpeza es automáticamente considerada como una culpa y abre la puerta a la indemnización⁵. No se trata necesariamente de una torpeza culposa; al contrario se trata de cualquier torpeza, esta última siendo en si misma la culpa⁶.

Sin embargo, una parte de la doctrina ha sostenido durante mucho tiempo que en realidad la responsabilidad profesional pudiera solamente ser invocada en presencia de un comportamiento culposo grave. Sin embargo, tal posición es condenada por la jurisprudencia. En efecto, desde el momento que el juez tiene la certeza de que un médico preparado hubiera, en las mismas circunstancias, hubiera optado por tener otra conducta, tiene que condenar a aquél a la reparación del perjuicio. Para llegar a tal resultado, el juez recurrirá al peritaje, sin que por lo tanto su decisión se encuentre ligada a las conclusiones de los peritos.

Como lo hemos mencionado, la obligación siendo de diligencia y prudencia, un médico no puede ser condenado por haber efectuado una esterilización sobre un paciente, quien después embarazó a su mujer, en ausencia de cualquier negligencia o acto culposo⁷. La misma situación se presentó en materia de aborto⁸: no es responsable el médico que practicó el acto según las normas profesionales y que no obstante la mujer se queda con el feto, cuando se realizó más allá de los tres meses de gestación, plazo legal para

² El criterio de “mejores esfuerzos” se mide según un estándar objetivo, que son los datos adquiridos de la ciencia; no puede exonerarse a un dentista de su obligación argumentando que no pudo aplicar un método adquirido por la ciencia por falta de recursos financieros de la parte del paciente (Civ¹, 19/12/00).

³ Consecuentemente el concepto de alea terapéutica no existe (Civ¹, 8/11/00).

⁴ Civ, 27/6/39.

⁵ Civ¹, 30/9/97.

⁶ Civ¹, 7/1/97.

⁷ Civ¹, , 9/5/83.

⁸ Recordamos que desde la ley “Veil” de 1975, el aborto en Francia es legal.

practicar la interrupción del embarazo⁹. Corolariamente, tanto el Consejo de Estado¹⁰ como la Corte suprema juzgaron que el hecho de tener un niño por causa de un aborto sin éxito no constituye un perjuicio en si mismo¹¹.

El *bonus pater familias* siendo el criterio, se queda la duda cual es exactamente el estándar, tanto a nivel de los conocimientos como al de los plazos. La cuestión de los conocimientos se plantea con respecto al concepto de la prudencia. ¿Las decisiones relacionadas con el tratamiento tienen que ser medida en la luz de los “datos adquiridos de la ciencia” como lo enuncia la tesis de referencia¹², o en la luz de los “datos actuales” como lo mencionó una tesis más reciente¹³? La diferencia no es sólo de estilo, sino tiene un impacto profundo sobre la practicapráctica médica. En efecto, hay “datos actuales” que no obstante no son aún “adquiridos”. La cuestión no tiene actualmente respuesta definitiva. Sin embargo queda claro que el médico tiene una obligación general, más allá de las disposiciones del Código de deontología, de seguir una formación continua para conocer tanto los datos adquiridos como los actuales de la ciencia médica. Negativamente, la obligación de prudencia implica también el deber de no hacer lo que pide el paciente-cliente si no es de su interés; por ejemplo la condenación de un ginecólogo por haber intentado un aborto peligroso, con el motivo de que su paciente le ha suplicado la intervención no obstante de los riesgos evidentes¹⁴.

No es suficiente para el médico de dar el mejor tratamiento, si esté no se efectúa en los plazos razonables, tal como lo impone la jurisprudencia¹⁵, cualquier retraso no justificado siendo calificado de negligencia culposa. Se queda abierta la cuestión sobre el plazo que dura la obligación del médico. Con respecto a la fase post-operativa, la más alta instancia francesa decidió que un paciente que sale de una operación tiene que ser guardado por el anestesista hasta que recupera su conciencia por completo; tiene una conducta culposa el anestesista que torna su espalda al paciente para redactar su informe mientras que éste se despierta, dejándolo así sin cuidado en este lapso de tiempo¹⁶.

Como se puede concluir de estas líneas, hay una cierta objetivización de la noción de culpa. Los tribunales obviamente están maniobrando a favor de las víctimas, facilitándoles los medios probatorios. La culpa no tiene que ser específicamente comprobada, la negligencia, la imprudencia y la torpeza siendo en si mismos actos culposos. Sin embargo, no se trata de una verdadera responsabilidad objetiva en la medida que el demandante todavía tiene que comprobar los hechos causales del perjuicio. No hay duda que el movimiento a favor de la responsabilidad objetiva continuará, como se puede ver con una primera decisión de la Corte de apelación de Paris en fecha del 15 de enero de 1999, en la cual los magistrados desarrollaron el concepto de responsabilidad por riesgo en materia médica. Más preciso, la Corte enunció que hay una responsabilidad

⁹ TGI Evreux, 21/12/79.

¹⁰ Se trata de la más alta autoridad en materia de derecho administrativo.

¹¹ CE, 2/7/82; Civ¹, 25/6/91.

¹² Civ¹, 28/6/60.

¹³ Civ¹, 20/1/82.

¹⁴ Civ¹, 27/5/98.

¹⁵ Civ¹, 19/5/98.

¹⁶ Crim 15/3/90.

objetiva cuando el acto quirúrgico necesario al tratamiento causa un perjuicio que no tiene relación con el estado anterior del paciente ni con la evolución previsible de este estado. Consecuentemente, no corresponde a la víctima demostrar la negligencia o la imprudencia del médico, sino a éste último de comprobar que el elemento generador de la responsabilidad no fue su intervención sino una causa ajena¹⁷. Participa del mismo movimiento la jurisprudencia que califica de obligación de resultado el uso de accesorios como las prótesis, salvo si el uso de un cierto tipo de prótesis queda estadísticamente aleatoria (caso de las prótesis mamarias¹⁸).

Además de su obligación general de diligencia y prudencia, el médico también tiene que cumplir con una obligación específica de información.

b) Obligación de información

¿Hasta cuál punto el médico debe informar al paciente sobre los riesgos reales o potenciales? Los tribunales han confirmado el principio de que el médico no puede proceder cualquier tipo de acto médico sin un consentimiento libre e ilustrado, salvo circunstancias excepcionales como lo es un peligro inminente para el paciente¹⁹. Esto implica que hay un deber contractual de comunicar a su paciente los riesgos incurridos, con el fin de permitirle tomar su decisión de manera informada²⁰. Así por ejemplo, en materia de cirugía estética, el médico tiene que informar a su paciente no solamente sobre los riesgos físicos, sino también sobre los riesgos psicológicos²¹. En este sentido, la jurisprudencia estableció que los profesionales de la medicina deben informar sobre cualquier riesgo, aunque éste se presente solamente en 2 o 3 % de los casos²². Sin embargo, ¿qué pasa si el paciente dio su consentimiento a un cierto acto de cirugía y el cirujano se da cuenta en medio de la operación que tiene que hacer otro acto? En regla general, los jueces consideran que hay un consentimiento implícito a este acto si se efectúa en beneficio de la salud del paciente²³, rechazando así la tesis que el médico tiene que despertar al paciente para pedir su consentimiento expreso²⁴. Con respecto a la sanción, ésta consiste en otorgar a la víctima una reparación *in integrum*²⁵, aunque unas tesis favorecen la opinión de que en realidad el paciente perdió sólo la oportunidad de tomar otra decisión; porque no se sabe si la futura víctima no hubiera de todos modos optado para la operación que en final de cuenta falló²⁶.

¹⁷ Civ¹, 29/6/99.

¹⁸ Civ¹, 7/10/92

¹⁹ Civ¹, 8/11/00.

²⁰ Civ¹, 4/5/70.

²¹ Civ¹, 22/9/81.

²² Civ¹, 5/5/81.

²³ Civ¹, 15/3/66.

²⁴ Civ¹, 27/10/53.

²⁵ Civ¹, 11/2/86.

²⁶ Civ¹, 7/2/90.

B - Relación causal y pérdida de oportunidad

La responsabilidad mete en juegos complejos nociones de perjuicio y de relación causal. Para comprometer la responsabilidad del médico, el paciente tiene que comprobar el perjuicio, la culpa del médico – con las templanzas que hemos señalado –, y la relación causal entre la culpa y el perjuicio.

Muchas veces, el litigante no se va sobre el resultado “desafortunado” del acto médico como el fallecimiento del paciente, sino sobre el concepto de “pérdida de oportunidad”; y la jurisprudencia sigue. Si el demandante se base sobre el resultado, tiene que comprobar que los actos o omisiones del médico son constitutivos de la causa del perjuicio; prueba que muchas veces resulta difícil. Por eso, los abogados basan más y más sus demandas sobre el concepto de la pérdida de oportunidad. Así, el médico puede no ser directamente la causa del fallecimiento de su paciente, pero es cierto que por sus actos hizo perder al paciente una oportunidad de poder sanar²⁷. Más preciso, en un *dictum*, la Corte de casación enunció “que un perjuicio puede ser evocado del simple hecho que existía una oportunidad de sanar y que esta se perdió” no obstante que no hay certeza que las consecuencias fatales hubieran podido ser evitadas²⁸.

El tratamiento que da la jurisprudencia al hecho causal demuestra también la voluntad de los tribunales de facilitar las acciones de las víctimas contra los médicos. Obviamente se trata de una posición loable; si embargo tiende también a fragilizar el ejercicio de la profesión médica. Nos parece que por el momento no existe un equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos de los médicos. El movimiento a favor de la parte débil, como lo vemos también en el caso de los consumidores, nos parece tomar un camino peligroso. El paciente es tratado más y más como un consumidor, olvidándose que la medicina no es un artículo de consumo, sino una práctica profesional muchas veces aleatoria. No porque los profesionales de la salud no cumplen su labor de manera eficiente, sino que hasta hoy la medicina no es una ciencia exacta. Al contrario de los tribunales civiles, parece que las jurisdicciones penales tienen más conciencia de las dificultades de esta profesión. Lo anterior no quiere decir que el médico aproveche de una inmunidad absoluta en materia penal.

²⁷ Civ¹, 27/1/70.

²⁸ *Idem*.

II – La responsabilidad penal

La responsabilidad contractual no excluye la responsabilidad penal, a condición que los actos culposos entran en las incriminaciones previstas por el Código penal²⁹. Tal es muchas veces el caso en la medida que la culpa contractual es una negligencia, torpeza, imprudencia, inatención, o violación de una obligación de seguridad o de prudencia establecida por ley, sancionado por el artículo 221-6 del Nuevo Código Penal como homicidio involuntario. Al contrario del derecho civil, la ley penal no prevé el concepto de la pérdida de una oportunidad, sino contempla únicamente el fallecimiento. El hecho de lavar el estómago con retraso, en presencia de una tentativa de suicido por absorción de productos tóxicos, no es constitutivo de un delito por la razón de que la víctima hubiera fallecido de todos modos. Consecuentemente, no hay prueba de que el retraso del acto médico hubiera podido cambiar algo para el paciente. Tal vez se hubiera podido buscar una indemnización por la vía civil por pérdida de una oportunidad de supervivencia; pero, en materia penal se trata de comprobar que la omisión del médico es la causa del fallecimiento³⁰.

Tal es el caso del psiquiatría que supo que su paciente sufrió de una depresión suicidaría y no tomó ninguna medida de vigilancia. La responsabilidad penal por homicidio involuntario es plenamente justificada en la medida de que la negligencia y la imprudencia del médico favoreció la realización del suicido³¹. Es también culpable el médico que realizó actos de negligencia que provocaron una septicemia post-operativa teniendo como consecuencia el fallecimiento del paciente. En efecto, en aplicación de la teoría de la causa en cascada, aunque el médico no provoca de manera directa la muerte de la víctima, sus actos contribuyeron a la realización de la septicemia, causa directa de la muerte³². De la misma manera, es culpable el médico que estaba vigilando una cirugía bajo su autoridad en la cual se muere el paciente por culpa del cirujano, en la medida de que el médico no prestó la adecuada vigilancia para impedirle al cirujano de cometer el hecho causal³³. Tal es también el caso del médico que deja el hospital junto con el anestesista, sabiendo que éste último tendría que quedarse con el paciente hasta que despierte³⁴. Si es la tarea del anestesista, por principio de especialización, de quedarse con el paciente en la fase de post-operación, el cirujano tiene una obligación general de prudencia y diligencia imponiéndole asegurarse de que el anestesista realmente esté con el paciente³⁵. Al contrario, no constituye un acto incriminado, el hecho de que un cirujano y un anestesista recurran a un acto médico cual práctica todavía es innovadora³⁶ o que se trata de actos médicos complejos, presentando un cierto riesgo³⁷. En el mismo sentido, el error de diagnóstico no constituye en si mismo un hecho reprehensible; es necesario

²⁹ Crim, 12/12/46.

³⁰ Crim, 20/11/96.

³¹ Crim, 5/3/92.

³² Crim, 20/3/84.

³³ Crim, 9/5/56.

³⁴ Crim, 10/5/84.

³⁵ AP, 30/5/86.

³⁶ Crim, 3/11/88.

³⁷ Crim, 17/1/91.

comprobar uno de los elementos constitutivos de la incriminación de homicidio involuntario³⁸. Como en materia civil, los jueces penales no tienen la obligación de seguir las conclusiones de los peritos, y pueden para concluir, apreciar de manera soberana si hay o no elementos para condenar al médico³⁹.

El mencionado artículo sancionando el homicidio involuntario fue – y de alguna manera aún es – objeto de mucha polémica con respecto al feto. Según una jurisprudencia constante y en armonio con el Código civil, el feto no es una persona humana y consecuentemente no puede ser víctima de un homicidio. En materia médica, la cuestión se plantea al caso de un médico que se equivocó de paciente por razón de homonimia y le coloca un estírele a una mujer embarazada, provocando así el aborto del feto. La víctima lo denunció por homicidio involuntario, argumentando que por el hecho de no haber antes del acto médico verificado el estado de la paciente, cometió así una falta de imprudencia y negligencia, causa directa de la “muerte” del feto. La Alta Jurisdicción rechazó el argumento, subrayando que el principio general del derecho penal es aquello de la interpretación estricta de la ley penal, y que en este sentido no hay homicidio, sea involuntario o no, si no estamos en presencia de una persona física tal como es definida por el derecho⁴⁰.

III - Propuesta

Como podremos verlo, el derecho positivo francés todavía no está totalmente definido con respecto a la responsabilidad médica. No obstante la fijación de unos principios generales, la mayoría de los asuntos son juzgados de manera casuística. Hemos identificado una línea pretoriana *en favorem* del paciente, sin que con ello se quede claro cuales son las protecciones que el médico en el de su profesión podría gozar. La cuestión no es inocente. Muchas veces se comenta que en final de cuentas no importa que un médico sea condenado por la vía civil, en la medida que está respaldado por su seguro profesional. El argumento no vale porque se olvida que con cada condenación, las primas de seguro aumentan y existe la posibilidad para dicho seguro de cancelar la póliza del médico. Y sin seguro, no es posible ejercer legalmente la profesión médica en Francia. En otras palabras, como en los Estados Unidos de América, hay un verdadero riesgo que más y más médicos cambian de especialidad para ejercer en las ramas en donde hay un mínimo de riesgos para ser demandado. Así, por el fenómeno de la judicialización de la práctica médica, el Estado de Nueva York por ejemplo carece de ginecólogos; estos últimos prefirieron abrir consultorios despachos de generalistas, escapando así al riesgo de ser condenados.

Ahora bien, la relación médico-paciente siendo un contrato, pertenece al profesionista de la salud de tomar sus precauciones y utilizar la calificación contractual para protegerse. En efecto, el contrato permite al médico de limitar su responsabilidad y, en particular, tener la posibilidad de prever un mecanismo de solución de controversias con una cláusula de confidencialidad que le permite salvaguardar loel mas

³⁸ Lyon, 1/12/81.

³⁹ Crim 27/11/84.

⁴⁰ Crim, 30/6/99.

importante que tiene: su reputación. Para efectos prácticos, como se hace en los consultorios franceses, se trata de agregar al formulario de datos que el paciente llena en su primera consulta las condiciones generales con las causas de exoneración o de limitación de responsabilidad así como una cláusula de mediación y/o de arbitraje. La cláusula podría prever un arbitraje institucional o un arbitraje *ad hoc*, esta última solución siendo muchas veces la mejor visto las cuantías relativamente menores que están en juego (el arbitraje institucional realmente tiene sentido para controversias cuya suerte principal es superior a un millón de dólares). Si se opta para el arbitraje *ad hoc*, las partes pueden elegir de común acuerdo a un árbitro, o pedir a un tercero de designar un árbitro (el tercero actúa entonces como autoridad de nominación). Obviamente, esos dispositivos contractuales no protegen al médico contra las denuncias penales, pero que normalmente conciernen que las hipótesis en donde el paciente se muere. Afortunadamente, eso es la minoría de los casos.

Con formato: Fuente: Cursiva

Con formato: Fuente: Cursiva

Monterrey, enero 2004

Bibliografia :

Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, Montchrestien, 2000

Desportes & Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, T. I, 1998

Dorsner-Dolivot, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civiles et pénales : a propos de la chirurgie*, LGDJ, 1986

Mémetau, Perte de oportunidad en droit médical, *Revue de droit de McGill*, 86.125.

Villey, *Colloque sur l'indemnisation des accidents médicaux*, LGDJ, 1997

Rajbaut, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, Thèse Paris XII, 1981