



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

TRADUCCIÓN DE LA OBRA
LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y
Sociales**

Autor: CRISTÓBAL JARA NILSSON
Profesor guía: Sebastián Ríos Labbé

Santiago, Chile
2011

A mis padres.

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

Para mí constituiría una gran satisfacción que este libro fuese un aporte a la discusión sobre el régimen de responsabilidad médica que queremos impere en Chile. Y es que ya está llegando la hora de analizar cómo hacemos frente al creciente número de juicios por negligencia médica. Frente a esta realidad, cabe preguntarse en qué pie se encuentra nuestro ordenamiento jurídico y qué modificaciones requiere. La institución de la conciliación, introducida por la llamada ley Auge (párrafo II del título III de la ley 19.966), si bien significó un paso adelante hacia un tratamiento particular y diferenciado de la responsabilidad médica, no puede ser considerada como suficiente. Por eso es importante que todos los actores involucrados inicien una discusión seria sobre cómo vamos a enfrentar el problema. En este contexto, estimo que el libro del profesor Penneau puede constituir un verdadero aporte para una futura reforma en la materia.

A mi modo de ver, el libro presenta varias características que lo hacen merecedor de una atención particular. La primera, que salta a la vista, es que el autor posee a la vez las calidades de médico y jurista. En efecto, Jean Penneau cuenta con una extensa labor docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Paris XI, donde es profesor emérito, pero además ha desempeñado importantes funciones dentro de la Orden Nacional de Médicos de su país. Lo anterior es notable por cuanto en la materia existe desconfianza mutua entre abogados y médicos, lo que lamentablemente ha terminado siendo una de sus características. Entre los médicos es casi un lugar común acusar a los abogados de querer lucrar con la desgracia ajena y de desconocer que los accidentes médicos son un riesgo casi inherente a su profesión. Los abogados, por su parte, se quejan de que los médicos pretenden que se les apliquen reglas distintas a las que imperan para otros casos de responsabilidad profesional. Denuncian también las dificultades que deben enfrentar a la hora de un juicio, y que comúnmente están ligadas a la existencia de un verdadero espíritu de cuerpo, lo que acarrea una solidaridad gremial mal entendida que en definitiva hace que sea muy difícil conseguir que un médico declare en contra de otro, ya sea como testigo o perito. Por estas razones, podemos considerar que la doble condición del

autor, médico y abogado, debería constituir para todos una verdadera garantía de imparcialidad.

Un segundo aspecto interesante del libro es que expone la situación de Francia, país que recientemente llevó a cabo una importante reforma legal en esta materia, y donde la doctrina se encuentra inmersa en una profunda discusión. En efecto, el 4 de marzo de 2002 entró en vigencia una nueva ley que introdujo una serie de importantes modificaciones al régimen de responsabilidad médica, las que son expuestas en el libro de manera detallada. Aún así, y tal como lo señala el autor en su conclusión, sigue abierta la discusión sobre la conveniencia de realizar una nueva reforma, esta vez mucho más drástica, destinada, en opinión de los más radicales, a eliminar definitivamente la responsabilidad médica basada en la culpa. En opinión de éste sector de la doctrina, debería establecerse un nuevo sistema basado en la noción de garantía del riesgo médico, sociabilizando, a través de seguros colectivos, la indemnización de los daños provocados por los accidentes médicos. Evidentemente, en el estado actual de la discusión en Chile, nadie pretende o espera una reforma legal que lleve el régimen actual a uno basado en seguros colectivos. Sin embargo, en una eventual reforma estos no podrían dejar de estar presentes. Y es que como bien lo señala el profesor Penneau, muchas veces la principal motivación que tienen los jueces para establecer una indemnización de perjuicios es compensar el daño sufrido por un paciente, aún cuando la culpa del médico no haya sido efectivamente probada. Así las cosas, y en vista de que la culpa es un requisito de procedencia de la indemnización de perjuicios, ésta se da por establecida con objeto de no privar al paciente de una reparación. Tal situación no sería tan grave si consideráramos exclusivamente las consecuencias patrimoniales que pueden sufrir los médicos (para éstas existen los seguros de responsabilidad profesional). Sin embargo, una situación como la descrita suele acarrear consecuencias que no están cubiertas por los seguros: daño reputacional, pérdida de clientes, además de perjuicios emocionales. Evidentemente, lo anterior se potencia aún más cuando existe un juicio penal de por medio, aún cuando la sentencia en definitiva sea absolutoria. Por estas razones, se alzan múltiples voces que señalan que no basta simplemente con promover la contratación de seguros de responsabilidad profesional sino que cabe reformar el sistema de tal manera que la compensación del paciente no tenga necesariamente que

requerir la culpa del médico (por supuesto que lo anterior no corre para los casos en que efectivamente exista una negligencia inexcusable por parte de éste).

Otra característica del libro es que, sin pretender desarrollar en profundidad todos y cada unos de los temas, logra entregar una visión bastante completa del régimen de responsabilidad médica imperante en Francia. Así, en una primera parte se aborda el tema desde una perspectiva civilista. En ésta, el autor hace una distinción fundamental entre la responsabilidad y la práctica individual y la colectiva. Dentro de la primera, se refiere a la naturaleza jurídica (contractual – extracontractual), expone sobre una clasificación ya asentada en la doctrina y jurisprudencia francesa entre obligaciones de medio y de resultado, la cual ha resultado ser muy útil cuando la responsabilidad médica es de naturaleza contractual (lamentablemente, nuestros tribunales no han acogido ésta distinción). A continuación, expone sobre la práctica colectiva, la cual, producto de la complejidad que ha ido adquiriendo la medicina, es cada vez más importante. En este contexto, producto de la diversidad de vínculos existentes entre los miembros de un grupo o equipo médico entre sí y con respecto al paciente, se presentan ciertas dificultades que se analizan con detenimiento. A continuación, el autor nos presenta una variante de la responsabilidad que nos es bastante desconocida pero que forma uno de los pilares del sistema francés: la reparación de ciertos riesgos sanitarios a título de la solidaridad nacional. En efecto, en Francia se entiende que ciertos daños, aquellos cuya aleatoriedad hace improcedente los principios tradicionales de atribución de responsabilidad, deben ser asumidos por la sociedad en su conjunto y no por ciertas personas determinadas (los médicos). Finaliza la primera parte con una exposición sobre cómo se pone en práctica la responsabilidad médica y la reparación a título de la solidaridad nacional, donde se examinan aspectos más procedimentales, como normas sobre competencia, prueba y mediación de los litigios. La segunda parte del libro versa sobre la responsabilidad penal que deriva de la responsabilidad médica. Y es que en la medida que la profesión médica se ejerce justamente sobre la persona del paciente, cualquier vulneración de la integridad corporal de éste puede, eventualmente, constituir un delito o cuasidelito de lesiones. De ahí la importancia que tiene precisar en qué casos procede llevar a sede penal posibles casos de negligencia médica. El libro del profesor Penneau no pretende hacer una enumeración exhaustiva de éstos, ni menos proceder a su estudio detallado, por lo

que se limita tratar las infracciones de atentado a la integridad corporal y a la vida del paciente. Pero además el autor se refiere a otros temas que merecen ser leídos con atención, como por ejemplo, la constitución en parte civil, el principio de identidad de las culpas civiles y penales (y su posterior abandono, con la citada ley del 4 de marzo de 2002) y la apreciación de la culpa y de la relación de causalidad. Por último, la tercera parte del libro trata sobre la responsabilidad disciplinaria. En ésta se presenta la forma como se organiza el gremio en Francia para conocer y sancionar los casos de negligencia médica. Así, se exponen las reglas de procedimiento (competencia, partes, recursos) y reglas de fondo (hechos punibles, sanciones) y el régimen de recursos ante el Consejo de Estado.

Un cuarto aspecto relevante del libro es que se hace cargo de una problemática que puede ser visto casi como nuevo paradigma: la práctica colectiva. En efecto, la creciente complejidad de la profesión médica ha impulsado la formación de equipos o grupos médicos que actúan en conjunto, lo cual representa todo un desafío a la hora de analizar la culpabilidad o causalidad de una conducta dañosa. Lo anterior también apunta en la dirección de tratar de desligar el derecho a reparación del paciente de la culpabilidad (necesaria para que proceda) del médico. Y es que precisamente, en un contexto de cada vez mayor complejidad, las situaciones en que se pueden encontrar los múltiples participantes de una intervención quirúrgica pueden ser muy diferentes unas de otras. Así, el anestesista de un equipo médico puede estar ligado contractualmente a la clínica, al cirujano jefe o incluso al directamente al paciente. Además, algunos de ellos pueden detentar la calidad de funcionario público, mientras que otros no. Incluso podríamos enfrentarnos a la situación en que algunos de los miembros de un equipo médico estén sometidos a una obligación de resultado, mientras que el resto del equipo a una de medios. En este contexto, llegar a determinar exactamente quién es el responsable de un perjuicio y qué reglas deben aplicárseles puede llegar a ser realmente muy complejo. Así las cosas, poner a cargo de la víctima el tener que probar la procedencia de una indemnización de perjuicio puede resultar completamente ilusorio. Y por otro lado, ante ésta situación compleja y confusa, el hecho de que los tribunales hagan recaer sobre los médicos una verdadera presunción de culpabilidad (¡o incluso de causalidad!) es manifiestamente injusto. Como se puede apreciar, nuevamente se presenta la cuestión de saber sobre quién debe recaer el

riesgo terapéutico. La legislación actual pareciera no ser apta para resolver estos problemas.

Por último, y como quinto punto a recalcar, el libro resalta el importante rol que juega en Francia la responsabilidad disciplinaria. Efectivamente, a muchos puede llamarles la atención el desarrollo institucional alcanzado por la Orden médica francesa. En este sentido, nuestro Colegio Médico debería pensar seriamente en ponerse al día en la materia. Una organización interna clara, con ciertos órganos encargados de conocer, otros recurribles de apelación, además de sanciones predefinidas, puede ayudar a despejar las dudas de solidaridad gremial que usualmente recaen sobre los médicos. Es probable que lo anterior no influya mayormente en los casos en que se recurra a los tribunales buscando la reparación de un daño manifiesto, pero sí puede ayudar en los casos en que los pacientes busquen satisfacer, más que una pretensión económica, un afán de justicia. En definitiva, un régimen de responsabilidad disciplinario creíble, rápido y eficaz puede llegar a ser una medida relevante dirigida a evitar una dinámica de desconfianza entre médicos y pacientes, la cual, a lo menos en parte, puede explicar el aumento de las demandas por responsabilidad médica.

LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

3ª edición

2004

Jean Penneau

Profesor emérito de la Universidad París 11 (Facultad de derecho

Jean Monnet)

Doctor en Medicina

INTRODUCCIÓN

Sin duda, lo que bajo una mirada profana caracteriza mejor a la medicina contemporánea es la eficacia; eficacia tal, que el médico o el biólogo ya no se contentan solamente con prevenir o sanar las enfermedades sino que responden a la conformidad de su paciente, ya sea sustituyendo una función defectuosa, ya sea modificando ciertas características naturales del sujeto: basta citar las técnicas de procreación médica asistida, de contracepción médica o de cirugía estética y, aunque nacientes, las técnicas de terapia genética.

Sin embargo, esta eficacia es inseparable de otras tres características, esta vez, muy corrientemente desconocidas para el profano: agresividad, peligrosidad y complejidad. La eficacia de las drogas es inseparable de sus efectos secundarios, a veces difícilmente previsibles en todas sus consecuencias antes de que transcurra un largo tiempo de utilización, y que son, en todo caso, imposibles de prever de un caso clínico a otro. La eficacia de las técnicas instrumentales deriva del empleo de un equipo sofisticado, en el cual el control es a menudo extremadamente complejo o requiere de la implantación en el organismo de materiales de naturaleza diversa, a veces con la finalidad de sustituir órganos. Considerando estas características, la mayoría de las veces estas técnicas sólo pueden ser utilizadas en el contexto de equipos pluridisciplinarios en cuyo seno se discuten las decisiones y se conciertan los actos; pero la urgencia o la complicación inopinadas introducen siempre un temible parámetro que desbarata las previsiones más razonadas.

En este contexto, no es sorprendente que los procesos de responsabilidad médica hayan aumentado ostensiblemente, aun cuando actualmente, por muy espectaculares que parezcan ciertos casos, esta evolución parece atenuada; evolución, por otro lado, difícil de evaluar de manera precisa, puesto que las estadísticas establecidas por las compañías aseguradoras son necesariamente bastante imprecisas.

El *Groupe des assurances mutuelles médicales* (GAMM)¹, que asegura alrededor del 90% de los médicos franceses en ejercicio libre, indica en un estudio que

¹ N. del T: Grupo de mutuales aseguradoras médicas.

cubre el periodo 1954-1988, que el número de causas abiertas pasó de 35 en 1944 a 123 en 1954, 254 en 1964, 338 en 1973, 1.158 en 1980 para llegar a 2.000 en 1988. Este documento desgraciadamente no indicó el número de afiliados sino sólo a partir de 1980, lo que hace delicadas las comparaciones. Sin embargo, es claro que de 1944 a 1980 la fuerte progresión en el número de causas abiertas no tuvo proporción con lo que uno puede razonablemente suponer del número de afiliados. A partir de 1980 las cosas se estabilizaron y la proporción de causas abiertas comparada con el número de afiliados permaneció idéntica en alrededor de 1,35%. En 2002, el mismo grupo daba cuenta, sobre 239.214 miembros, de 33.703 declaraciones que concernían a daños corporales, es decir, un porcentaje de siniestralidad de 1,40%. Pero por otra parte, para apreciar estas estadísticas hace falta tomar en cuenta, en el examen de documentos, la tramitación dada a las causas abiertas. Así, en lo que concierne a los médicos afiliados al *Sou médicale*², en 1988, de 95 causas que dieron lugar a un fallo judicial: en los 24 asuntos penales fueron dictados 15 sobreseimientos, 1 absolución y 8 condenas; los 71 asuntos civiles dieron lugar a 43 absoluciones y 28 condenas. En 2002 fueron dictados 162 fallos, 16 por tribunales penales, 146 por tribunales civiles. En los 16 asuntos penales fueron dictados 8 condenas, 4 sobreseimientos y 4 absoluciones, lo que representa un porcentaje de condenas notoriamente más elevado. En las causas civiles fueron dictadas 77 condenas, lo que, igualmente, representa un porcentaje más elevado. Por otra parte, hay que señalar que estas decisiones, tanto penales como civiles, conciernen mayoritariamente tres especialidades: la cirugía, la anestesiología y la obstetricia, que están entre las más expuestas tanto a las acciones como a las condenas.

Esta evolución: muy fuerte progreso de reclamos y de juicios entre 1950 y 1980, relativa estabilización posterior, se explica bastante bien. El primer periodo corresponde a la aparición a la vida jurídica de riesgos inherentes a la eficacia terapéutica en un contexto en el que el hombre no se resigna a ser víctima del *fatum* sino que busca por el contrario un responsable a todos sus sufrimientos; en un contexto donde en particular el paciente no comprende que la técnica médica en la que fundaba todas sus esperanzas, lejos de solucionar sus males, los agravó. Desde 1980,

² N. del T: *Sou médicale* es una mutual especializada en la prevención y cobertura de riesgos médicos y profesionales.

un “régimen de crucero”-con las reservas expresadas en el párrafo anterior-, pero de una frágil estabilidad, parece haber sido alcanzado; vimos, en efecto, manifestarse con insistencia opiniones criticando la lentitud y la complejidad de las acciones judiciales en este ámbito, o incluso la indulgencia de los jueces, lo que daría por resultado que numerosas víctimas de accidentes médicos no recibieran la justa indemnización por el daño sufrido. Es verdad que la apreciación de la responsabilidad es particularmente delicada en materia médica; primero, porque comúnmente es difícil determinar la causa del accidente: diagnóstico o tratamiento erróneo, predisposición del paciente, evolución inevitable o complicación imparable de la enfermedad; después, porque es indispensable, para que el médico ejerza su oficio en el mejor interés de su paciente, que no tenga constantemente presente el espectro de la responsabilidad, lo que implica que esta sólo pueda ser aceptada sobre el fundamento de una culpa probada de manera indiscutible.

Esto es lo que ciertamente explica que en Francia, hasta una fecha reciente, de entre las 3 grandes causas de daño corporal (siendo las otras dos los accidentes laborales y los de tránsito), sólo la reparación de los daños derivados de la actividad médica se mantenía fundada en el derecho común de la responsabilidad, tardando en concretarse los proyectos de puesta en marcha de un régimen particular. Por una ley del 4 de marzo de 2002, el legislador puso fin a esta situación y desde entonces disposiciones legislativas insertas en el Código de Salud Pública (art. 1142-1 y ss., D. 1142-1 al 1142-3 y R. 1142-4 y ss.)³ rigen la reparación de las consecuencias de riesgos sanitarios resultantes del sistema de salud, no sin dejar un ancho margen de acción e interpretación a la jurisprudencia de los tribunales de derecho común, y no sin una buena medida de ilusión (v. *infra*, conclusión).

La incidencia de la responsabilidad penal y su interacción con la responsabilidad civil no pueden ser ignoradas -aun cuando la ley del 10 de julio de 2000 haya puesto fin al principio, afirmado por la jurisprudencia, de identidad entre la culpa penal y la culpa civil-, puesto que necesariamente todo daño causado por culpa de un médico constituye el delito de atentado a la integridad de una persona, incluso un atentado involuntario a la vida.

³ N. del T : El texto de este y de todos los artículos está disponible en www.legifrance.gouv.fr

Por último, en razón de la naturaleza particular de su actividad, el médico está sometido a un conjunto de reglas de ética profesional precisas, cuya violación es sancionada disciplinariamente.

Son estos tres aspectos de la responsabilidad médica, a saber, la responsabilidad civil y la reparación de las consecuencias de riesgos sanitarios, la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, las que van a ser examinadas sucesivamente.

Leer también

-Auby J.-M. Y col., traité de droit médical et hospitalier, Litec.

-Folscheid D., Feuillet-Le Mintier B. y Mattei J.F., Philosophie, éthique et droit de la médecine, PUF, 1997

-Mémeteau G. La responsabilité médicale en droit comparé français et québécois, ed. Yvon Main, 1990

-Curso de derecho médico, Les études hospitalières, 2003

-Obra colectiva: La responsabilité médicale: de la faute au risque, bajo la dirección de J. Penneau, ENM, 1996

-Le risque des professions de santé en 2002. Responsabilité, número fuera de serie, marzo de 2004, ed. del GAMM.

TÍTULO I

Responsabilidad civil y reparación de las consecuencias de riesgos sanitarios

Las condiciones materiales de ejercicio de la medicina no carecen de influencia en la responsabilidad civil del médico. Tradicionalmente este actúa solo y es en referencia a esta prestación individual, aislada, que se define una suerte de régimen primordial de la responsabilidad del médico: la responsabilidad resultante de la práctica individual (capítulo 1). Pero en razón a su creciente complejidad, el acto médico, durante la época contemporánea, sobrepasa comúnmente la competencia de un solo individuo; de ahí la necesidad de constituir equipos y para estos equipos la necesidad de ejercer en un cuadro material apropiado. La existencia de tales equipos modifica profundamente el aspecto tradicional del acto médico y la fisonomía de su marco jurídico, aun cuando, llegado el momento, cada uno debe tomar solo la decisión que surge de su ámbito de competencia; es por esto que la responsabilidad que resulta de la práctica colectiva (capítulo II) debe ser examinada especialmente. Sin embargo, más allá de la responsabilidad, la reparación de las consecuencias de riesgos sanitarios, cuando estos alcanzan cierto grado de gravedad, son cubiertos a título de la solidaridad nacional (capítulo III). Pero la puesta en práctica de la responsabilidad y la reparación de las consecuencias de riesgos sanitarios, a título de la solidaridad nacional, obedecen a reglas específicas (capítulo IV).

CAPÍTULO I

Responsabilidad y práctica individual

Tres ámbitos a examinar aquí: la naturaleza jurídica de la responsabilidad médica (sección 1), las condiciones de la responsabilidad del médico (sección 2), y la puesta en práctica de esta responsabilidad (sección 3).

Sección 1

Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica

Tradicionalmente, se desprende aquí un principio y una excepción: en principio la responsabilidad médica es de naturaleza contractual (I), pero por excepción –aunque podemos preguntarnos si este término está verdaderamente justificado- tiene una naturaleza extracontractual (II). Aun así hace falta -en el marco del derecho positivo actual, donde las diferencias entre las relaciones contractuales y extracontractuales tienden a desdibujarse- justificar el interés de esta distinción.

I – Principio: naturaleza contractual

Es en 1936 cuando un fallo de la Corte de Casación decidió que en principio la responsabilidad médica es de naturaleza contractual: “se forma entre el médico y el paciente un verdadero contrato... y la violación, incluso involuntaria, de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual” (Cas. civ. 20 de mayo de 1936). Esta solución está perfectamente justificada; en efecto, el médico, debido a su profesión, está en calidad de oferente y cuando el paciente responde a esta oferta y la acepta, el contrato se perfecciona. Uno puede preguntarse por qué se tuvo que esperar hasta 1936 para que esto haya sido solemnemente afirmado por la Corte de Casación. La explicación es simple: parecía imposible, hasta que fuera propuesta por Demogue la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, poner a cargo del médico la presunción de responsabilidad que parecía, en ese entonces, recaer necesariamente sobre el deudor

contractual y es notable que el fallo citado haya sido la primera aplicación jurisprudencial de esta distinción.

La existencia de un contrato no genera ninguna duda en la mayoría de las situaciones y es fácil precisar sus características. Se trata de un contrato bilateral que pone a cargo del médico la obligación de prestar cuidados al paciente (veremos en un instante cual es la naturaleza de esta obligación), y a cargo del paciente, en principio, la obligación de remunerar al médico (aun cuando este contrato pueda ser gratuito) y en todo caso, de no ir en contra de las prescripciones del médico sin advertirle a éste, de un contrato celebrado *intuito personae*, es decir, resciliable unilateralmente, aunque, a decir verdad, más fácilmente por el paciente para quien esta facultad es absoluta, que por el médico, quien debe, en todo caso, asegurar la continuidad en los cuidados y responder a las situaciones de urgencia; de un contrato civil, jamás de naturaleza comercial (y esto sigue siendo cierto en el marco de las sociedades de ejercicio libre con formas comerciales de la ley del 31 de diciembre de 1990); en fin, aun cuando esta discusión haya sido saldada en favor de su carácter *sui generis*, es un contrato de arrendamiento de servicios.

La práctica moderna, confirmada por las disposiciones relativas a la protección de personas que se prestan para investigaciones biológicas (C. de Salud Pública, art. L. 1121- 1 a L.1126-7), hizo aparecer paralelamente al contrato de cuidados tradicionales, cuyas principales características acabamos de examinar, la existencia de un contrato de investigación. Este aparece aislado cuando se trata de una investigación biomédica sin beneficio individual directo (en principio sobre el sujeto sano) y se suma al contrato de cuidados cuando se trata de una investigación biomédica con beneficio directo (en principio sobre el sujeto enfermo).

En la medida en que se le reconoce una naturaleza contractual a la relación entre el paciente y el médico, queda por definir la naturaleza jurídica de la obligación que este contrato pone a cargo del médico. Desde este punto de vista, existe igualmente un principio y una excepción: en principio, se trata de una obligación de medios (A) y por excepción (siendo reforzado este carácter excepcional por la ley el 4 de marzo de 2002) de una obligación de resultado (B).

A – Obligación de medios

Se estableció como principio, en el fallo del 20 de mayo de 1936, que el contrato médico conlleva “el compromiso, evidentemente, no de curar al enfermo, pero sí al menos de prestarle cuidados concienzudos, atentos y, haciendo reserva de circunstancias conformes excepcionales, con el conocimiento adquirido por la ciencia”, habiéndose recientemente confirmado por la Corte de Casación la referencia a esta última expresión. Encontramos aquí el criterio de principio común a las obligaciones de medio: como el alea afecta al resultado, este alea sólo permite al deudor de la obligación comprometerse a poner en ejecución los medios que son normalmente necesarios para lograr un resultado esperado y no comprometerse a procurar directamente este resultado; la que es, evidentemente, la situación del médico. La ley del 4 de marzo de 2002, por lo demás, indicó claramente que el régimen principal de la obligación del médico es el de la obligación de medios, puesto que ella dispone que, fuera del caso en que haya incurrido su responsabilidad en razón de un defecto de un producto de salud, los profesionales de la salud sólo son responsables de las consecuencias dañinas de un acto médico en caso de culpa (C. de Salud Pública, art. L 1142-1, inc.1).

Desde este punto de vista, ciertos actos médicos pueden haber dado lugar a vacilaciones. Así ocurrió con la cirugía estética, pero esta queda sometida al régimen de la obligación de medios, ya que queda fundamentalmente sometida al alea de todo acto quirúrgico; sin embargo, puede que haya que hacer en este ámbito una distinción entre, por una parte, el acto quirúrgico propiamente tal, que por la razón indicada y aunque tiene un objetivo estético, evidentemente se somete al régimen de la obligación de medios, y por otra parte, el resultado estético que por naturaleza parece someterse al régimen de la obligación de resultado (*infra*). En el ámbito de la cirugía dental, la Corte de Casación decidió finalmente que los actos de cuidado se someten al régimen de la obligación de medios, incluso cuando se utiliza una fresa como instrumento. Ocurre lo mismo respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, el solo hecho de que el acto médico no haya efectivamente puesto término al embarazo no acarrea la responsabilidad del médico sino en caso de probarse negligencia de este; sin embargo,

existe en este ámbito una obligación de medios reforzada cuyo objeto es la puesta en marcha de un control eficaz del resultado de la intervención.

B – Obligación de resultado

Por excepción – y aquí la excepción es verdadera – la obligación nacida del contrato médico es una obligación de resultado. Esta situación deriva ya sea de la ley, ya sea de la voluntad de las partes.

Se desprende de los términos de los dos primeros incisos del artículo L. 1142-1, I, del Código de Salud Pública: que la responsabilidad de los médicos (y de los establecimientos de salud) opera de pleno derecho cuando se incurre en ella, en razón a un defecto de un producto de salud y que los establecimientos de salud son responsables, de pleno derecho, por los perjuicios que derivan de infecciones intrahospitalarias.

Los productos de salud constituyen un ámbito preciso, ya que son el objeto de la quinta parte del Código de Salud Pública, que los reparte en productos farmacéuticos (libro I) y dispositivos y “otros productos y objetos reglamentados en interés de la salud pública” (libro II). Se concluye de esta delimitación precisa que los elementos y productos del cuerpo humano, entre los que figuran los productos biológicos de efecto terapéutico (particularmente los órganos, los tejidos y las células modificadas con fines terapéuticos, la sangre humana, sus compuestos y los productos sanguíneos lábiles, que figuran en el libro II de la primera parte del Código de Salud Pública), son excluidos del ámbito de la responsabilidad sin culpa. De esto resulta que se confirma la reciente jurisprudencia de la Corte de Casación, que exigía culpa para que fuese comprometida la responsabilidad de establecimientos de salud usuarios de productos sanguíneos, a causa de un defecto de estos productos; que esta misma jurisprudencia es anulada en cuanto admite que la responsabilidad de los centros de transfusión sanguínea estaba comprometida de pleno derecho en la misma hipótesis de un daño provocado por un defecto de un producto de salud. Se desprende también de estas disposiciones relativas a los productos de salud, que la jurisprudencia de la Corte de Casación, según la cual un cirujano-dentista debe entregar unos frenillos sin defectos y que debe reparar los perjuicios que deriven de la defectuosidad de los

frenillos, desde el momento en que no se establezca que el paciente haya hecho un uso anormal o que haya sido dañado por una causa externa, está respaldada, puesto que las prótesis dentales entran en la definición de productos de salud a título de dispositivos médicos (C. de Salud Pública, art. L. 5211-1 y s.)

En lo concerniente a las infecciones intrahospitalarias, hay que señalar que la ley limita sólo a los establecimientos de salud el régimen de responsabilidad de pleno derecho, pero exonera a los médicos, lo que va en contra, desde este último punto de vista, de la jurisprudencia reciente de la Corte de Casación que los sometía a este régimen.

Con todo, en diversas circunstancias la voluntad de las partes puede conferir a la obligación del médico la naturaleza de una obligación de resultado. Así ocurre cuando el médico promete ejecutar un acto médico en un momento determinado o promete ejecutar personalmente un acto en particular; por ejemplo, se ha fallado que cuando un obstetra promete proceder personalmente en un parto, responde de pleno derecho por el daño que pueda haber ocurrido por el actuar del reemplazante que lo haya substituido sin ninguna causa externa. De igual forma, el médico que promete que su intervención tendrá un resultado determinado contrae evidentemente una obligación de resultado; encontramos aquí la cirugía estética, donde la mayoría de las veces se promete un resultado geométrico, usualmente con un croquis que sirve de apoyo a la promesa. Por último, se ha fallado que un centro de transfusión sanguínea, si señala que la extracción de sangre no comporta riesgo alguno, contrae una obligación de resultado con respecto a los donantes. Estas soluciones, fundadas en el efecto de la voluntad de las partes, no parecen puestas en duda por las disposiciones de la ley del 4 de marzo de 2002.

La ley puede igualmente imponer la reparación de pleno derecho por los daños causados por la actividad médica. El ámbito más notable es actualmente el de las investigaciones biomédicas sin beneficio individual directo. En efecto, el artículo L. 1121-7, inciso 1° del Código de Salud Pública dispone que en estas investigaciones el promotor asume, aun sin culpa, la indemnización de las consecuencias dañosas sufridas por la persona que se prestó a éstas, lo anterior, sin poder oponer el hecho de un tercero o el retiro voluntario de esta persona (estas disposiciones no fueron modificadas por la ley del 4 de marzo de 2002, no siendo el artículo L. 1142 aplicable a

la responsabilidad del promotor de investigaciones biomédicas- C. de Salud Pública, art. L. 1142-3). Igualmente, está sometido a un régimen de responsabilidad sin culpa el daño sufrido por un donante de sangre en razón de operaciones de extracción de sangre (C. de Salud Pública, art. L. 1222-9).

II – Excepción: naturaleza extracontractual

Es evidente que la responsabilidad del médico respecto de terceros sólo puede tener una naturaleza extracontractual (B). Sin embargo, en ciertas circunstancias particulares puede ocurrir lo mismo respecto de un paciente (A). A decir verdad, considerando la extensión de los ámbitos cubiertos por estas hipótesis, podríamos dudar que la tradición sea, en este sentido, reconocerles un carácter excepcional.

A – Respecto del paciente

Distinguimos aquí cuatro hipótesis: el daño causado fuera del marco contractual, la nulidad del contrato, la ausencia de contrato y la acción civil ejercida ante los tribunales penales.

El daño causado fuera del marco contractual (el marco del contrato médico) cubre dos hipótesis principales: la de un daño causado a un objeto perteneciente al paciente con ocasión de la prestación médica y la de un daño corporal ocurrido después de la terminación del contrato médico como, tomando un ejemplo proporcionado por la jurisprudencia, el derivado de la caída de un paciente en el laboratorio cuando la extracción de sangre fue ejecutada y el enfermo se ha vuelto a vestir.

La nulidad del contrato puede encontrarse en la hipótesis de la falta de consentimiento del paciente al acto ejecutado, lo que roza el caso de laboratorio; más concretamente, podría ser el caso de una intervención desprovista de interés terapéutico, incluso en el sentido más amplio (por ejemplo, una mutilación por pura conveniencia), por ilicitud de objeto.

La ausencia de contrato cubre un campo más amplio de hipótesis concretas. Cuando un médico entrega sus cuidados a una persona inanimada o a un incapaz

cuyo representante legal no puede ser ubicado, ningún contrato puede formarse en razón a la ausencia de voluntad; recurrir a la gestión de negocios es inoperante en razón a la obligación legal y reglamentaria de actuar que pesa sobre el médico; por lo demás, la gestión de negocios no podría llevar la obligación legal a un marco contractual, salvo si la intervención del gestor (el médico) fuera posteriormente aprobada por el interesado del negocio (el paciente). Por lo mismo, no puede haber contrato cuando no confluyen las voluntades de los dos protagonistas; es el típico caso del anestesista que procede a una anestesia o a una reanimación sin haberse reunido previamente con el paciente; aquí, el recurso a la estipulación en favor de un tercero, emanada del cirujano o al mandato tácito dado a este, parece reposar sobre mecanismos o interpretaciones demasiado adivinatorios como para ser aceptados. Tampoco existe contrato entre médico y paciente cuando su relación es impuesta por una reglamentación, cualquiera sea su origen; esta hipótesis cubre la medicina del trabajo, los informes médicos de control⁴ en general y los órganos de seguridad social, en particular; en todos estos ámbitos, el acto médico es impuesto al paciente que, después de todo, no puede escoger al facultativo, y el médico interviene para permitirle a su empleador satisfacer sus obligaciones legales o reglamentarias, lo que excluye cualquier recurso al mecanismo de la estipulación en favor de un tercero. En fin, no existe contrato entre los médicos del servicio público y los enfermos a su cuidado: aquí, el enfermo está sometido al estatuto legal y reglamentario que rige al servicio, estatuto que ningún acuerdo en particular permite derogar.

Los tribunales penales afirman que “si bien la responsabilidad médica es, en principio, una responsabilidad contractual, ello es diferente cuando la falta a sus obligaciones cometida por el médico presenta el carácter de una imprudencia o de una negligencia constitutiva de la infracción prevista y reprimida por el artículo 319 del Código penal; en este caso, hay lugar a la aplicación de la ley penal, la causa de la responsabilidad deriva necesariamente de la constatación del delito causado por el imputado”. Hay que comprender bien el significado de esta solución: la acción civil no es admisible por los tribunales represivos sino cuando el resultado deriva directamente

⁴ N. del T: Estos informes realizados por médicos deben controlar que las licencias por enfermedad y las indemnizaciones que les corresponden se justifican. No pueden controlar a sus propios pacientes (si los tienen).

de una infracción; en materia de daños corporales derivados de un acto médico, ésta sería inadmisibile si admitiéramos que este daño deriva de la violación de una obligación contractual; por lo tanto es necesario para esta admisibilidad que el paciente renuncie a la acción contractual, quedando su acción en el terreno extracontractual.

B – Respecto de terceros

Encontramos aquí a los terceros a quienes el acto médico o el deceso del paciente causó un perjuicio.

Los terceros a quienes el acto médico causó un perjuicio pueden ser, por ejemplo, la víctima de un falso certificado médico, o bien el arsenalero que desafortunadamente es herido por el cirujano durante la operación (lo que puede ser dramático en el medio séptico).

Los terceros a quienes el deceso del paciente causa un perjuicio son los herederos, cuando estos reclaman la reparación de sus perjuicios personales, sufridos por rebote. De su posición particular, la jurisprudencia, a veces, ha desprendido consecuencias ambiguas (*infra*, hecho de cosas inanimadas).

III – Interés de la distinción

En materia de responsabilidad médica, la distinción entre situaciones contractuales y extracontractuales puede parecer de poco interés. En efecto, si apartamos el campo muy residual de las obligaciones de resultado, la puesta en práctica de la responsabilidad del médico estará siempre subordinada a la prueba, por parte del paciente; de culpa por parte del médico y de un perjuicio sufrido y de una relación de causalidad entre estos dos primeros elementos; esto tanto en el campo contractual de la obligación de medios como en el campo extracontractual. Por otra parte, en esta materia donde el objeto del contrato recae sobre el cuerpo humano, las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad están prohibidas (forzosamente, ellas son prácticamente imposibles en materia extracontractual). Por último, la regla del

artículo 1150⁵ del Código Civil que limita el monto de la reparación al daño previsible al momento de la celebración del contrato no se aplica en materia de responsabilidad médica.

El interés que dice relación con la diferencia del plazo de prescripción extintiva (treinta años para las acciones contractuales, diez años para las acciones extracontractuales) fue suprimido por la ley del 4 de marzo de 2002 puesto que se desprende del artículo L. 1142-28 del Código de Salud Pública (introducido por esta ley), que todas las acciones tendientes a exigir la responsabilidad de los profesionales de la salud o de los establecimientos de salud públicos o privados con ocasión de actos médicos prescriben dentro de diez años contados desde la consolidación del daño.

Sin embargo, esta distinción sigue presentado gran interés para la repartición de responsabilidades al interior del equipo. En efecto, como lo veremos más tarde, el jefe del equipo responde, fundado en la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, por la culpa en que puede incurrir un miembro del equipo que no está ligado contractualmente con el paciente; en cambio, si los dos han contratado con el paciente, cada uno responde por sus propias culpas (*infra*, cap. II, sección 2, I).

Sección 2

Condiciones de la responsabilidad médica

Si dejamos a un lado el ámbito -como ya dijimos, muy residual- de la obligación de resultado (donde la responsabilidad del médico está comprometida por la sola existencia del daño o por la no realización del resultado prometido, salvo si el médico demuestra la existencia de una causa extraña), la responsabilidad médica tanto en materia contractual (sometida al régimen de la obligación de medios) como en materia extracontractual, está subordinada a la existencia de tres elementos: un hecho dañoso (I), un perjuicio (II) y una relación de causalidad entre los dos primeros (III).

⁵ N. del T: Este artículo es equivalente al 1558 del Código Civil chileno.

I – El hecho dañoso

Según la ley, en principio, el hecho dañoso debe ser culposo (A), sin embargo, hace falta preguntarse por el hecho de una cosa (B) o el hecho de los dependientes o sustitutos (esto será estudiado en el título II: la responsabilidad resultante de una práctica colectiva).

A – La culpa

Más allá de las múltiples definiciones que se puedan dar, existe un acuerdo más o menos general para considerar que constituye culpa la conducta anómala que no habría presentado el hombre -en este ámbito, el profesional, el médico, normalmente diligente y competente- ante las mismas circunstancias que el autor del daño. Toda diferencia entre la conducta que habría tenido el estándar de referencia y aquella que fue efectivamente realizada, hace aparecer la culpa. Desde este punto de vista, el ámbito médico, ya se trate del ámbito contractual como del extracontractual, no trae aparejada ninguna particularidad: toda culpa, cualquiera sea su gravedad, hasta la más ligera, es apta para comprometer la responsabilidad del médico.

Si separamos las negligencias que todo hombre puede cometer (por ejemplo: la confusión del campo operatorio, el médico interviene el miembro derecho siendo que es el izquierdo el que está enfermo), en este ámbito se hace clásicamente la distinción entre la culpa que deriva de la violación de un deber de humanismo médico (1) y la culpa técnica (2).

1 – Violación de un deber de humanismo médico

Encontramos aquí comportamientos tales como el rechazo a prestar ayuda médica o la violación del secreto profesional, que independientemente de sus consecuencias penales o disciplinarias, pueden comprometer la responsabilidad civil de su autor. La jurisprudencia revela también el comportamiento, felizmente excepcional, del cirujano ebrio o incompetente que emprende una intervención quirúrgica. Muchos otros comportamientos pueden entrar también en esta rúbrica; así,

el rechazo a consultar un especialista, siendo que esta consulta es reclamada por el paciente, o el rechazo del médico tratante a aplicar el tratamiento propuesto por el especialista que él mismo ha llamado, siendo que según los usos profesionales, en caso de desacuerdo entre ambos, el médico tratante debe avisar a la familia y realizar otra consulta, o retirarse; también la substitución, sin ninguna urgencia, de un cirujano sin el acuerdo del paciente, despreciando por lo tanto la libre elección de este, además, por el hecho de haber emprendido una intervención inútil o cuyos riesgos están fuera de proporción con los beneficios que se pueden esperar de la intervención (y aquí la cirugía estética es frecuentemente puesta en tela de juicio); en el mismo sentido, podemos también citar los experimentos hechos fuera del marco legal.

Sin embargo, lo que aquí llama principalmente la atención es la falta de información (a) o de consentimiento (b) del paciente.

a – Falta de información del paciente

Confirmando una jurisprudencia constante, el artículo L. 1111-2 del Código de Salud Pública, introducido por la ley del 4 de marzo de 2002, dispone que toda persona tiene derecho a ser informada de su estado de salud. Se precisa que esta información debe referirse a las diferentes investigaciones, tratamientos o acciones de prevención que son propuestos, su eventual urgencia, sus consecuencias y los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que conllevan (existe, a este respecto, una controversia para saber si, utilizando esta expresión, el legislador quiso condenar la jurisprudencia más reciente que, rompiendo con la fórmula tradicional, imponía al médico informar al paciente de todos los riesgos, incluso los más excepcionales). En todo caso, la jurisprudencia que en ciertas circunstancias exigía una información exhaustiva sigue siendo válida. Así, de manera general, la jurisprudencia dispone que los incidentes operatorios y las secuelas de estos incidentes, así como las secuelas previsibles de un acto médico, exigen una información exhaustiva. Fue así como se dio por establecida, por falta de información, la responsabilidad de un cirujano que por razones técnicas -cuya legitimidad no estaban en duda- dejó en su lugar un fragmento de apéndice sin advertir al paciente; lo mismo respecto de un cirujano que no advirtió a una paciente de la posibilidad, completamente excepcional, de embarazo (que ocurrió)

después de una ligadura de trompas (sin embargo, en este caso en particular, podemos dudar que la paciente, quien antes de la intervención no utilizaba ningún tipo de método anticonceptivo, se habría sometido a uno después de ésta; la regla planteada no es sino más notable). En el ámbito particular de la cirugía estética, la jurisprudencia impone también una información exhaustiva, esta vez de los riesgos mismos de la intervención; pero no cabe duda que aquí hace falta ser cuidadosos en distinguir la cirugía estética propiamente tal y la cirugía reconstructiva, estando la primera sometida a la excepción y la segunda al principio general. La ley misma impone al médico proporcionar información exhaustiva en tres áreas: la extracción de órganos (C. de Salud Pública, art. L. 1231-1 y s. y R. 1231-1 t s.), la interrupción voluntaria del embarazo invocando un estado de desamparo (C. de Salud Pública, art. L. 2212-3) y las investigaciones biomédicas (C. de Salud Pública, art. L. 1122-1). El paciente debe también ser informado de las otras soluciones posibles y de las consecuencias previsibles en caso de rechazar el acto propuesto. La misma disposición también precisa que la información del paciente incumbe a todo profesional de salud en el marco de sus competencias, lo que confirma la jurisprudencia que decidió que esta obligación de informar pesa a la vez sobre el médico que prescribe como sobre el que realiza el acto, si existe tal disociación. Desde este punto de vista, hay que precisar que en lo concerniente a las investigaciones biomédicas la ley prescribe que la información debe ser otorgada por el investigador o por un médico que lo represente (C. de Salud Pública, art. L. 1122-1); aquí, cabe lamentar esta facultad de delegar una obligación esencial.

Sin embargo, la ley precisa que la urgencia y la imposibilidad de informar pueden dispensar al médico de otorgar al paciente la información que se le debe y que la voluntad de una persona de ser mantenida en la ignorancia de un diagnóstico o de un pronóstico debe ser respetada salvo si hay terceros expuestos a un riesgo de transmisión (C. de Salud Pública, art. L. 1111-2, inc. 2 y 4).

La ley dispone, confirmando una jurisprudencia instaurada desde 1997 (Cas. 1ª sala civil, 25 de febrero y 14 de octubre de 1997), que el profesional o el establecimiento debe estar en condiciones de aportar pruebas de que la información fue otorgada a su destinatario; sin embargo, esta prueba puede ser aportada por cualquier medio (C. de Salud Pública, art. L. 1111- 2, inc. 7)

La jurisprudencia, retomando los términos del artículo 34 del Código de Ética Médica, indicó, desde los fallos de 1997, que la información del paciente debe ser “*leal, clara y apropiada*” al estado del paciente. No es seguro entonces que siga siendo válido el principio planteado anteriormente por la jurisprudencia, según el cual, para ser inteligible, la información podía ser simple y aproximativa, a condición de ser leal (así, se había considerado que el cirujano había cumplido su obligación hablando de sinusitis, siendo que el problema real era mucocele frontal).

b. Falta de consentimiento del paciente

Hay una ambigüedad en el significado del consentimiento al acto médico. Desde la óptica de la relación contractual que une más frecuentemente al médico con el enfermo, es una condición indispensable en la formación del contrato. Pero paralelamente a esta relación contractual, cuando esta existe o en su ausencia, el consentimiento es, desde la perspectiva del derecho público, la forma de expresión de una libertad fundamental del individuo: la de rechazar cualquier tipo de atentado a su integridad corporal, sin importar su estado patológico o las consecuencias de su rechazo.

Es por esto que la jurisprudencia siempre ha exigido que el consentimiento del paciente sea obtenido previamente a la ejecución de cualquier acto médico, cualquiera que este sea y sea cual sea el marco de esta ejecución, sector privado o público (con la salvedad de las limitadas excepciones legales que conciernen exclusivamente a calamidades sociales: enfermedades venéreas y mentales, alcohólicos peligrosos y toxicomanías, observándose que en la práctica, en la época actual, estas excepciones sólo se ponen en práctica para las toxicomanías).

Esta exigencia es ahora de naturaleza legislativa, ya que el artículo 16-3 inciso 2° del Código Civil, desde la ley del 25 de julio de 1994, dispone que “el consentimiento del interesado debe ser otorgado previamente, salvo en caso que su estado haga necesaria una intervención terapéutica a la que no es capaz de consentir”, y el artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública, introducido por la ley del 4 de marzo de 2002, que impone al médico respetar la voluntad de la persona después de haberla informado de sus opciones, y precisa que ningún acto médico ni ningún tratamiento

puede ser practicado sin el consentimiento libre e informado de la persona, pudiendo ser este consentimiento retirado en cualquier momento. Por lo demás, esta exigencia está reiterada por la ley de manera específica en los ámbitos más sensibles (investigaciones biomédicas: C. de Salud Pública, art. L. 1122-1 y 1122-2; estudio genético de las características o identificación de una persona por sus huellas genéticas: C. Civil, art. 16-10, inc. 2° y 16-11 inc. 2° y 3°, C. de Salud Pública, art. L. 1131-1; donación y utilización de los elementos y productos del cuerpo humano; C. de Salud Pública, art. L. 1211-2, L. 1232-6 L. 1232-1; asistencia médica a la procreación: C. e Salud Pública, art. L. 2141-2 y ss.; donación de gametos: C. de Salud Pública, art. L. 1244-2; donación de sangre: C. de Salud Pública, art. L. 1221-3, inc. 1).

Sin embargo, la necesidad del consentimiento al acto médico plantea diferentes problemas, relativos: a la persona que debe prestar este consentimiento, a la constatación de una nueva circunstancia en el transcurso de la intervención y al rechazo del paciente a los cuidados.

En principio, es evidente que es el paciente mismo quien consiente el acto médico; pero hay que señalar algunas circunstancias particulares. Para empezar, el caso de los enfermos inconscientes; en este caso, salvo en caso de urgencia, que autoriza al médico a actuar inmediatamente, debe designarse un representante legal y es este el que dará el consentimiento (en ciertas circunstancias particulares con la autorización del consejo de familia⁶ o del juez de tutelas: v. en materias de investigaciones biomédicas, C. de Salud Pública, art. L. 1122-2). Sin embargo, hay que indicar que la ley precisa que cuando el paciente no está en condiciones de manifestar su voluntad y no tiene representante legal, salvo urgencia o imposibilidad de proceder a estas consultas, el médico debe consultar a la persona de confianza prevista en el artículo L. 1111-4, inciso 4° del Código de Salud Pública, si esta ha sido designada, o a falta de esta, a uno de los familiares del paciente – si se trata de una consulta y no de la solicitud de consentimiento -, antes de proceder al acto médico previsto (C. de Salud Pública, art. L. 1111-4, inc. 4°). En seguida, el caso de los menores; en este caso el consentimiento debe ser solicitado a los titulares de la autoridad parental, sin embargo,

⁶ N. del T: El consejo de familia es un órgano compuesto por entre 4 a 6 familiares del menor (o en su defecto por amigos de la familia, vecinos o personas que se interesan en él) escogidos por el juez de tutelas. Debe tomar todas las decisiones importantes que requiera la administración de la persona y bienes del menor.

se admite que para actos o intervenciones simples el consentimiento de uno de los padres basta; en el caso particular en que, contraviniendo la norma que prohíbe la extracción de órganos a menores vivos, una extracción de médula ósea es hecha en beneficio de su hermano o hermana, el consentimiento de su o sus representantes legales debe ser respaldado por la opinión de un comité de expertos (C. de Salud Pública, art. L. 1231-3); en todo caso, cuando el menor está en edad de comprender debe ser siempre escuchado. Por una disposición nueva, de delicada aplicación, la ley dispone, haciendo excepción a las disposiciones del artículo 371-1 del Código Civil, que al oponerse un menor, con el fin de guardar el secreto sobre su estado de salud, a la consulta del o los titulares de la autoridad parental, el médico puede pasar por alto la obtención del consentimiento de éstos, cuando el tratamiento o la intervención se requiere para salvaguardar la salud del menor; el médico debe, en un primer momento, tratar de conseguir que el menor consienta que sus padres sean consultados o informados, pero si el menor mantiene su oposición, el médico puede ejecutar el acto, con la condición que el menor se haga acompañar por una persona mayor a su elección (C. de Salud Pública, art. L. 1111-5). Por último, la interrupción voluntaria del embarazo invocando un estado de desamparo dio lugar a ciertas dificultades. El Consejo de Estado precisó que el consentimiento del marido, aun cuando el artículo L. 2212-4 inc. 4 del Código de Salud Pública se refiera a él, no es obligatorio. Por otro lado, en un fallo criticado, un juez de menores conociendo en un procedimiento *en référé*⁷, se estimó competente para ordenar la interrupción del embarazo de una adolescente soltera contra la opinión de su madre, siendo que los textos legales exigen el consentimiento de al menos uno de los padres. A la inversa, un juez de tutelas decidió que a una mujer mayor de edad que está bajo tutela no puede imponérsele una interrupción del embarazo, aun cuando haya sido su madre, administradora legal, la que lo demandó.

La constatación de una circunstancia nueva durante una intervención genera a la vez el problema de la información y el del consentimiento. Las reglas dadas por la jurisprudencia parecen ser las siguientes, y deben ser aprobadas: si hay riesgo por aplazar la operación, el médico está autorizado para actuar en función de las nuevas

⁷ N. del T: Procedimiento contradictorio, de tramitación judicial abreviada y urgente.

circunstancias; en el caso contrario, debe interrumpir la intervención y debe imperativamente informar a su paciente y obtener su consentimiento.

Es ciertamente el rechazo a los cuidados por parte del paciente lo que genera los problemas más delicados. El artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública, después de haber indicado que el paciente toma, con el profesional de salud y en consideración a las informaciones y consejos que este le provee, las decisiones concernientes a su salud, dispone que el médico debe respetar la voluntad del paciente después de haberle informado de las consecuencias de sus decisiones; el mismo artículo indica que si la voluntad del paciente de rechazar o interrumpir un tratamiento pone en riesgo su vida, el médico debe hacer todo lo posible para convencerlo de aceptar los cuidados indispensables, recordando que ningún acto médico ni ningún tratamiento puede ser practicado sin el consentimiento libre e informado de la persona y que este puede ser retirado en cualquier momento (inc. 1 al 3). Desde este punto de vista, se había fallado, con bastante anterioridad a estas disposiciones, que un médico no puede ser condenado por cuasidelito de homicidio ni por omisión de socorro cuando el enfermo presentó un rechazo obstinado e incluso agresivo a los consejos del médico y firmó un certificado registrando su rechazo; de la misma forma, el Consejo de Estado falló que, ante el rechazo del paciente de recibir los cuidados necesarios, el hecho de haber aceptado a no dar más que los cuidados paliativos no constituye culpa profesional; y fue casado el fallo en sentido contrario de la sección disciplinaria del Consejo Nacional de la Orden Nacional de Médicos⁸ por estar sustentado en un error de derecho. Sin embargo, desde luego que el médico no debe admitir muy fácilmente el rechazo del paciente; y un médico que reconoció que había admitido bastante fácilmente el rechazo a la inyección de suero antitetánico por parte de un enfermo que veía cotidianamente, fue condenado por haber cometido una negligencia culpable. De la misma forma, incurre en una negligencia disciplinariamente sancionable el médico que, aceptando demasiado fácilmente el rechazo a los cuidados apropiados al estado de una paciente enferma de cáncer, le prescribe remedios ilusorios que la confortan en su rechazo y sólo la deriva demasiado tarde ante un especialista. Podemos señalar que los textos que rigen el funcionamiento de los establecimientos públicos prevén la

⁸ N. del T: La *Ordre Nationale des Médecins* es el equivalente en Francia a nuestro Colegio Médico.

posibilidad para el paciente de rechazar los cuidados y abandonar el establecimiento, así como las modalidades de expresión y de constatación de este rechazo: certificado por parte del paciente o redacción de una atestación de rechazo (C. de Salud Pública, art. R. 1112-62). Pero por otra parte, hay que señalar que, a pesar de los términos extremadamente claros de la ley sobre la exigencia del consentimiento, el Consejo de Estado, fallando *en référé*, decidió recientemente (CE, ref. 16 de agosto de 2002) que desde el momento en que los médicos hicieron todo lo posible para convencer al paciente de aceptar los cuidados indispensables, la orden, dirigida al hospital universitario de Saint-Étienne, de abstenerse de proceder a practicar transfusiones sanguíneas sobre la persona del recurrente, dejaba de aplicarse si el interesado (quién, testigo de Jehová, rechazaba absolutamente este tratamiento) llegaba a un estado extremo, poniendo en riesgo su vida. También hay que recalcar que, en todos los casos en que el legislador exige específicamente la entrega previa del consentimiento del paciente, la violación de esta obligación es sancionada penalmente (siendo las sanciones, dentro de la escala de penas, bastante más altas que aquellas a las que se exponen en caso de atentar involuntariamente contra la integridad corporal).

El rechazo a los cuidados que conciernen a niños presenta problemas particulares y este rechazo, de forma general, puede dar lugar a la puesta en marcha de medidas de asistencia educativa⁹ por iniciativa del fiscal¹⁰. En lo que concierne más particularmente a los establecimientos de hospitalización públicos, está previsto que fuera de estos casos de urgencia (para los cuales el médico puede actuar por iniciativa propia: C. de Salud pública, art. R.1112-35, inc. 3), el médico responsable del servicio puede recurrir ante el Ministerio Público con el objetivo de que se tomen medidas de asistencia educativa, cuando el rechazo o la imposibilidad de conseguir el consentimiento del representante legal pueda poner en peligro la salud o la integridad corporal del menor (C. de Salud Pública, art. R. 1112-35, inc. 4°). El artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública, introducido por la ley del 4 de marzo de 2002, dispone

⁹ N. del T: Las medidas de asistencia educativa son un conjunto de medidas que son tomadas por el juez de familia cuando un menor, generalmente abandonado o maltratado, se encuentra en situación de peligro físico o moral.

¹⁰ N. del T: Fiscal es el equivalente en español al procurador de la República: es el representante del Ministerio público ante los tribunales y jurisdicciones del sistema judicial francés y que asume las funciones de defensor de los intereses públicos, desempeña también el cargo de jefe de la fiscalía (www.legifrance.gouv.fr).

que en el caso que el rechazo a un tratamiento por parte de la persona titular de la autoridad parental o por el tutor pueda traer consecuencias graves para la salud del menor (o del mayor bajo tutela), el médico entregue los cuidados indispensables (inc. 5).

El problema que se plantea por la eventualidad de la reanimación y de la alimentación forzada de presos huelguistas de hambre no está para nada resuelto con las disposiciones del artículo D. 364 del Código de Procedimiento Penal, en cuyos términos “si un detenido se somete a una huelga de hambre prolongada, no puede ser tratado sin su consentimiento, salvo que su estado de salud se altere gravemente y solamente por decisión y bajo vigilancia médica”. En efecto, este texto deja completa la libertad de decisión del médico, y a este respecto, sin duda se debe tener presente que, para un detenido, la posibilidad de hacer una huelga de hambre y, en su caso, llegar hasta sus últimas consecuencias –la muerte-, es el último ámbito de libertad del que dispone.

2 – La culpa técnica

A propósito de la culpa técnica, la comparación con un estándar –la comparación entre lo que debió hacerse técnicamente y lo que se hizo- cobra todo su valor. A este respecto, se hace frecuentemente referencia a las reglas del arte, siendo esta una práctica actual, competente y accesible al conocimiento; también se hace a veces referencia (sin duda erróneamente) a los usos, que son otra cosa completamente distinta. Desde este punto de vista, es un hecho que el médico que se somete a una regla del arte no incurre en culpa, puesto que se comporta como se habría comportado el estándar de referencia, y si se pudo creer, las veces que la jurisprudencia decidía lo contrario, fue basándose en fallos que se referían, precisamente, a los usos y no a las reglas del arte, porque desafortunadamente se confundían ambas nociones. Sin embargo, la proposición inversa: el médico que no se somete a una regla del arte incurre en culpa, aun cuando es exacta de manera general, no tiene el alcance absoluto de la anterior. En efecto, desde que un procedimiento ha superado el estado de experimentación y es suficientemente conocido, puede ser puesto en práctica aun si existen controversias a su respecto, a condición, en este

caso, de demostrar una diligencia reforzada particularmente en lo concerniente al cuidado del paciente. El ensayo de un nuevo procedimiento no es una culpa en sí misma, a condición de respetar reglas estrictas; y desde este punto de vista, se sabe que el legislador ha definido el marco de las investigaciones biomédicas.

A partir de esto, podemos entregarnos a una casuística infinita que hace aparecer la culpa de cada clase de médico, con todas las variaciones que pueden inducir las circunstancias de prestación del acto médico. Tal proceso es bastante vano y es sin duda preferible examinar los contornos generales de las cuatro principales circunstancias en las cuales una negligencia médica puede ser cometida: el diagnóstico, la elección de los exámenes médicos y el tratamiento, su puesta en práctica y el cuidado del paciente.

El diagnóstico ocupa un lugar aparte. En efecto, la jurisprudencia afirma de manera constante que el error de diagnóstico en sí mismo no constituye culpa; la culpa sólo aparece cuando el error se hizo posible porque los medios y, más generalmente, la diligencia necesaria para el establecimiento de un diagnóstico exacto no han sido puestos en práctica. Naturalmente, aún hace falta que el error no sea de tal gravedad que revele, por sí solo, una ignorancia o una impericia demasiado grosera; obviamente no debe ser provocado por un desconocimiento de datos médicos seguros y, desde este punto de vista, los llamados signos patognomónicos de afecciones tienen una importancia determinante. En otros términos, hace falta que haya lugar a un juicio en la elección del diagnóstico, puesto que es en referencia a la naturaleza propia de éste que la jurisprudencia ha establecido, en esta materia, su posición de principio. En lo concerniente a la elección de los exámenes médicos y el tratamiento, sin lugar a dudas constituye culpa: toda falta de examen previo a la prescripción o a la ejecución técnica del acto médico, y toda falta de elección del tratamiento o de la metodología del examen, en consideración a la afección implicada. Hay en estos casos una falla cierta en los medios puestos en práctica.

La falla en la ejecución técnica del tratamiento o del método exploratorio plantea otro problema, en razón a la parte de alea inherente a la ejecución de todo acto quirúrgico o médico. Desde luego, la jurisprudencia parece tener, en gran medida, conciencia de esta situación y admite la noción de riesgo necesario; pero también decide con gran rigor que toda imprudencia o toda negligencia, e incluso, lo que es aun

más discutible, toda torpeza, incluso la más mínima, constituye culpa (Cas. 1ª sala civ., 23 de mayo de 2000, dos fallos), sin admitir hacerle el más mínimo espacio a la noción de error que, sin embargo, la irreductible falibilidad humana impondría tomar en consideración, confrontada a la complejidad del ámbito examinado.

Desde luego, el deber de vigilancia que se le impone al médico en todos los estados del acto médico es sancionado por la jurisprudencia, que le impone igualmente el deber de vigilar a sus ayudantes y sustitutos (sobre este punto, *infra*, cap. II).

B – El hecho de las cosas

Las disposiciones de la ley del 4 de marzo de 2002 cambiaron fundamentalmente este ámbito.

En efecto, las disposiciones del artículo L. 1142-1, I, inciso 1º del Código de Salud Pública, que subordinan la responsabilidad de los médicos a la existencia de culpa (*supra*, sección 1, I, A), vuelven sin sentido la discusión sobre el punto de saber si las disposiciones del artículo 1384 inciso primero del Código Civil¹¹, son aplicables cuando el médico causa a un paciente un daño con una cosa que utiliza, con ocasión de un acto médico ejecutado sin ningún vínculo contractual. Esas mismas disposiciones hacen caducar la jurisprudencia ambigua de la Corte de Casación que, sobre la base del texto precitado, había establecido la responsabilidad de un médico para con los herederos que reclamaban la reparación de su perjuicio personal resultante de la muerte del paciente. De la misma manera, hacen caducar – en la sola medida en que no están en cuestión productos de salud (*supra*, sección 1, I, B) – la jurisprudencia de los jueces del fondo que tendían hacer pesar sobre los miembros de las profesiones médicas (y sobre los auxiliares médicos) una responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas definida como una obligación de seguridad de resultado.

Sin embargo, respecto del tercero “absoluto”, *penitus extranei*, las disposiciones del artículo 1384, inciso primero del Código Civil, retoman todo su imperio. Así, cuando un paciente es herido por un bien mueble del que es custodio el asociado del médico

¹¹ N. del T: Cabe señalar que en este artículo del Código Civil francés se establece la regla general de la responsabilidad por el hecho de las cosas que se tiene bajo custodia (*garde*). No hay en nuestro Código Civil una regla equivalente.

con el cual este paciente ha contratado, o cuando el asistente operatorio del cirujano es herido por el instrumento que éste manipula, el custodio debe reparar el daño, fundado en la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas inanimadas.

II – El perjuicio

El perjuicio, en materia de responsabilidad médica, es consecuencia de elementos de naturaleza extremadamente variada. Va desde el daño económico o puramente moral, resultante de la expedición errónea de un certificado por parte del médico o de la violación del secreto profesional, al daño resultante de un atentado a la integridad corporal, de invalidez o muerte.

Pero desde estos puntos de vista, el perjuicio indemnizable en materia de responsabilidad médica no presenta una especificidad. Está constituido, como en toda situación de responsabilidad, por los gastos en que incurrió la víctima, el lucro cesante sufrido por ésta como consecuencia de una incapacidad temporal o definitiva, y las diferentes categorías de daño moral, con las discusiones e incertidumbres de las que son objeto estas nociones. Sin embargo, existen en este ámbito algunos problemas específicos.

Originariamente, el paciente puede estar afectado por una invalidez resultante de un estado anterior a la afección que se pretende tratar. En esta situación importa determinar el perjuicio verdadero, objetivo, causado por la actividad médica, que hipotéticamente compromete la responsabilidad del médico, tomando en consideración esta invalidez preexistente. Hay que cuidarse aquí de una confusión: lo que se trata de determinar no es si el perjuicio del que se queja el paciente se debe a la actividad médica o a la patología del paciente, lo que sería un problema de causalidad; se trata de determinar, por deducción de la invalidez preexistente, cuál es el volumen exacto del perjuicio resultante de la actividad médica, lo que en efecto es un estricto problema de evaluación objetiva del perjuicio, suponiendo que toda cuestión de causalidad ya está previamente resuelta. Evidentemente es un problema que compete al perito.

A la cuestión de saber si el nacimiento de un niño (es la hipótesis del nacimiento de un niño con invalidez) puede constituir un perjuicio para éste, cuestión a la que la Corte de Casación había respondido afirmativamente, la ley del 4 de marzo

de 2002 trajo una respuesta negativa (art. 1, I, inc. 1°). El niño nacido con alguna invalidez podría obtener una reparación de su perjuicio, comprometiendo la responsabilidad de un profesional de la salud o de un establecimiento de salud, sólo si la negligencia que se le imputa a éste hubiera provocado directamente la invalidez o la hubiera agravado, o no hubiera permitido tomar las medidas susceptibles de atenuarla (art. 1, I inc. 2°), lo que supone probar culpa, como también probar una relación de causalidad directa entre la culpa y la invalidez o su agravamiento. Sin embargo, la responsabilidad del médico (o de un establecimiento) puede estar comprometida respecto de los padres de este niño, pero sujeta a condiciones extremadamente estrictas definidas por el inciso 3 de la disposición precitada. En primer lugar, el desconocimiento de la invalidez debe tener por origen una “culpa caracterizada”, la que es una noción desconocida por nuestro derecho de responsabilidad civil, pero que puede querer, o bien insistir en la necesidad que la prueba de la culpa no deje duda alguna, o bien definir un grado de culpa que podría ser el de la culpa grave, teniendo esta misma un contenido bastante impreciso. En segundo lugar, el perjuicio reparable es sólo el perjuicio sufrido por los padres, con la exclusión expresa, según los términos de la ley, de las “cargas particulares derivadas de la invalidez, a lo largo de toda la vida del niño”, lo que, en la práctica, limita el daño reparable de los padres a su daño moral.

Por último, la jurisprudencia hizo aparecer una nueva categoría de perjuicio: el que deriva de la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir debido a la culpa del médico. La Corte de Casación estableció claramente que, a sus ojos, este perjuicio constituye uno distinto de aquel constituido por la invalidez o el fallecimiento, y de menor valor (Cas. 1ª sala civ., 24 de marzo de 1981). Sin embargo, pareciera que incurre aquí en una confusión y trata en términos de perjuicio lo que racionalmente constituye un problema de causalidad (*infra*, III, B).

III – La causalidad

En materia de responsabilidad médica, la relación de causalidad obedece a las reglas de derecho común de la responsabilidad (A), pero la jurisprudencia evocada más arriba respecto de la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir (B) y la

determinación del perjuicio que deriva de la falta de información (C), llama a desarrollos particulares.

A – Reglas de derecho común

Clásicamente, y simplificando mucho, la jurisprudencia considera como causal el hecho que contribuyó a provocar o a agravar el daño; y en caso de pluralidad de hechos, todos los que responden a esta definición y aparecen así como las condiciones necesarias del daño, lo que lleva a una condena *in solidum*¹² de los diferentes agentes. Así ocurre, por ejemplo, cuando por culpa del médico se agravó el estado de un herido o cuando las culpas de varios médicos concurrieron a la realización del daño.

Sin embargo, aún hace falta que la prueba de esta relación causal sea establecida por elementos indiscutibles, lo que conduce a negar la existencia de la relación de causalidad en las hipótesis en que consta que el daño se debe a la evolución propia de la enfermedad o a la parte de alea que trae consigo todo acto médico o quirúrgico. Esto es esencialmente un problema pericial y, desde este punto de vista, en antiguos fallos, la misma Corte de Casación dictó fallos cuyas soluciones, sin ninguna duda, no son válidas actualmente, especialmente en razón de la existencia de la jurisprudencia relativa a la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir (*infra*, B).

Sin embargo, antes de examinar este punto conviene una vez más precisar que, evidentemente, la relación de causalidad entre el daño y una eventual culpa del médico no resulta establecida cuando el daño en realidad deriva de la culpa personal del paciente que el médico no pudo prever o cuyas consecuencias no pudo evitar; por ejemplo, el paciente afirma erróneamente que nunca fue sometido anteriormente a un tratamiento y pone así al médico en la imposibilidad de prever las consecuencias

¹² N. del T: Las obligaciones *in solidum*, también llamadas solidarias imperfectas, son una creación doctrinal francesa. Su razón de ser es suplir la falta de una norma como la de nuestro artículo 2317 del Código Civil, que establece la responsabilidad solidaria por los ilícitos civiles. Según esta doctrina, cuando varias personas cometen un ilícito civil, cualquiera de ellas pueden ser condenadas al pago del total, al igual como ocurre en el caso de la solidaridad pasiva pero sin que sean aplicables los demás efectos de ésta. (Ver al respecto, Ramos Pazos, René: *De las obligaciones*, Santiago, Lexis-Nexis, 2004, p. 49)

eventuales del tratamiento que prescribe; lo mismo ocurre en caso de negarse el paciente a seguir el tratamiento aconsejado. Por supuesto, la solución es idéntica cuando el perjuicio, aun cuando no se debe a la culpa del paciente, tiene en realidad un origen externo a la actividad del médico. Sin embargo, aún hace falta que este hecho externo sea, él también, la causa exclusiva del daño, porque si está en concurso con la culpa del médico, la responsabilidad de éste queda establecida conforme al derecho común. Desde este punto de vista, la interrupción infructuosa del embarazo (este continúa hasta su término) da lugar a controversias: suponiendo que la culpa del médico está establecida y que el nacimiento de un niño puede constituir un perjuicio reparable para la madre, queda aún por saber dónde se sitúa el origen verdadero de este perjuicio. Algunos sostienen que es la relación sexual de la que deriva la concepción del niño, otros hacen presente que la situación es comparable a aquella que resulta del accidente agravado por culpa del médico y que la relación causal está establecida con respecto a éste.

B- Pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir

A partir de 1965 la jurisprudencia civil ha fallado de manera constante que el médico que, por su culpa, hace perder a su paciente una oportunidad de sanar o sobrevivir compromete su responsabilidad, pero la obligación de reparar que resulta de ella es sólo parcial en relación al perjuicio final representado por la invalidez o el deceso. Se justifica el carácter parcial de la reparación pretendiendo, como lo vimos anteriormente, que se indemniza un perjuicio específico, distinto del perjuicio final: el perjuicio constituido por la oportunidad perdida.

En realidad, se trata de un artificio puramente verbal por el cual se pretende resolver, en términos de daño, un problema que por su verdadera naturaleza es un problema de causalidad. Para convencerse basta comparar la jurisprudencia de derecho común relativa a la reparación de una oportunidad perdida y la jurisprudencia relativa a la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir.

En la perspectiva clásica de la pérdida de oportunidades, la culpa está en relación de causalidad cierta con la interrupción de un proceso del cual no se sabrá nunca si habría sido generador de elementos positivos o negativos: en razón de esta

culpa, un estudiante no pudo presentarse al examen, o un caballo no pudo participar en la carrera. Hay que apreciar entonces las oportunidades que tenía el estudiante de tener éxito en el examen o del caballo de ganar la carrera. Es claro que aquí, a causa de la interrupción prematura del proceso, que lo que está directamente implicado es la apreciación del perjuicio: la culpa es la causa de esta interrupción; queda por apreciar la existencia y el volumen de un eventual perjuicio.

La pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir se sitúa en una perspectiva completamente distinta. Aquí el paciente está inválido o muerto; el proceso se desarrolló hasta su último estado y conocemos el perjuicio final y su importancia. En realidad, la única incógnita es la relación de causalidad entre este perjuicio y la culpa del médico; no sabemos con suficiente certidumbre cuál es la verdadera causa del perjuicio: esta culpa o la evolución (la complicación) natural de la enfermedad.

Por lo tanto, para esta jurisprudencia, contrariamente a lo que afirma la Corte de Casación, no es el perjuicio lo que es apreciado sino la relación de causalidad eventual entre la culpa y el perjuicio final. En realidad, en las numerosas hipótesis en que subsiste una duda sobre la certidumbre de la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio final (a veces, debido a una imprecisión lamentable del informe pericial) –¿es la culpa o la evolución propia de la enfermedad lo que está en el origen del perjuicio?-, pero cuando consta que esta culpa ha tenido alguna consecuencia en la aparición de este perjuicio, el juez otorga una reparación parcial, y puesto que hace falta justificar jurídicamente el carácter parcial de esta reparación, el juez pretende indemnizar la oportunidad perdida por la culpa del médico, perjuicio que declara distinto del perjuicio final. Esto es tan cierto que la Corte de Casación considera que la cuestión de la pérdida de oportunidades de sobrevivir o sanar sólo puede plantearse si la culpa del médico tuvo ciertas consecuencias en la aparición del perjuicio final, y plantea que, en principio, la evaluación del perjuicio que deriva de la oportunidad perdida no puede ser separada del perjuicio final representado por la invalidez.

Esta jurisprudencia, a pesar de estar ya sólidamente aceptada, sólo puede ser criticada. En efecto, en primer lugar, está en radical contradicción con las reglas que rigen, en nuestro sistema de derecho positivo, la obligación in solidum; este sistema rechaza admitir todo principio de responsabilidad parcial en el ámbito de la obligación a la deuda, la que, sin embargo, es la consecuencia a la cual llega la jurisprudencia

criticada. En segundo lugar, es totalmente arbitrario querer aislar, en un instante de lucidez, un supuesto perjuicio intermedio -la oportunidad perdida- puesto que el proceso llegó a su término y que lo que se trata de arreglar es, en realidad, la reparación del perjuicio final; por lo demás, ¿imaginaríamos por un solo instante indemnizar la oportunidad perdida si, por un proceso independiente de la actividad del médico en cuestión, el perjuicio final no apareciese? En fin, después de todo y por hipótesis, toda culpa del médico hace perder a su paciente una oportunidad de sobrevivir o sanar; la jurisprudencia criticada es entonces la puerta abierta a una indemnización sistemática, salvo que el médico pruebe que el perjuicio se debe a una circunstancia externa a su acción, lo que representaría un cambio radical de los principios que rigen la responsabilidad médica, en razón de la inversión de la carga de la prueba que resultaría de este sistema.

Sin embargo, no hay que desconocer que razones inherentes al ámbito médico quizás militan a favor de la admisión, en este ámbito, a título excepcional en relación al derecho positivo francés, de un principio de causalidad y de reparación parciales: la culpa del médico contribuyó a la aparición del daño y según los principios del derecho positivo, el médico debería ser condenado a reparar completamente el daño pero, en razón al alea ligado a la evolución propia de la situación patológica, sólo en parte se da por establecida su responsabilidad. Pero si ese debe ser el sistema aplicable, hay que reconocerlo y afirmarlo claramente y dejar de entregarse a estas acrobacias intelectuales que son la puerta abierta a todas las arbitrariedades en virtud de las cuales se pretende indemnizar un huidizo perjuicio intermedio. “Paraíso de los jueces inseguros”, escribía el decano Savatier.

C - Relación causal y falta de información

¿Cuál es el verdadero perjuicio causado por la falta de información? ¿Puede uno considerar que en toda hipótesis la falta de información está en relación de causalidad con el perjuicio que deriva del accidente médico (excluyendo, obviamente, toda culpa técnica)?

Para responder a estas preguntas, un principio parece guiar a la Corte de Casación: cuando la intervención era ineluctable podemos pensar razonablemente

que, incluso mejor informado, el paciente se habría resignado y, puesto que por hipótesis no se ha incurrido en ninguna culpa técnica, podemos descartar la responsabilidad del médico, por faltar relación de causalidad entre la falta de información y el perjuicio. En efecto, la Corte de Casación se pronuncia en ese sentido cuando decide que el paciente no justifica ningún perjuicio indemnizable, en la medida que se desprende de la apreciación soberana de los jueces de fondo que, aun mejor informado, este no se habría negado a la intervención que provocó el daño (Cas. 1ª sala civ., 20 de junio de 2000). Sin embargo, en tal situación hay que señalar dos categorías de perjuicio que están claramente en relación de causalidad con la falta de información. Se trata, en primer lugar, del daño moral que puede resultar del hecho que el paciente se encuentra confrontado a un daño, en la eventualidad del cual, a causa de la falta de información, no se pudo preparar. Es lo que se juzgó en la circunstancia siguiente: un paciente es operado de una hernia inguinal reincidente, siendo que, debido a circunstancias patológicas particulares, la intervención era inevitable pero presentaba el riesgo de acarrear la necrosis de un testículo, riesgo del cual no había sido informado; habiéndose materializado este riesgo, sin ninguna culpa técnica imputable al cirujano, la responsabilidad de éste se dio por establecida en razón a la culpa constituida por la falta de información, pero por el sólo daño moral sufrido por el paciente quien, no siendo informado, no se pudo preparar a la eventualidad de la mutilación que resultó de esta necrosis; siendo, por otra parte, descartada la reparación del perjuicio material, por falta de relación causal con la falta de información en razón al carácter ineluctable de la intervención. En segundo lugar, el perjuicio material debería ser reparado cuando consiste en una incapacidad temporal debida a la complicación sobrevenida, siendo que mejor informado el paciente hubiera podido escoger someterse al acto médico en un periodo en el cual esta incapacidad temporal hubiera tenido menores consecuencias profesionales.

Por el contrario, cuando la intervención no tiene ningún carácter ineluctable, esta vez la falta de información sí constituye la causa del daño completo y la integridad del perjuicio debería ser reparado. En efecto, mejor informado, el paciente hubiera podido elegir no correr los riesgos de la intervención. Así, en un caso en que existía la opción entre un aparato para la sordera y una intervención quirúrgica, conllevando esta última un riesgo no menor de parálisis facial del que no fue advertido el paciente, se

falló que el daño completo resultante de la aparición de la parálisis facial debía ser reparado. En efecto, la Corte de Casación señala que la falta de información no hubiera permitido al paciente tomar una decisión informada y motivar un eventual rechazo, que la aparición del daño del cual se demandaba reparación constituía la realización del riesgo que debería haber sido señalado; y concluye que, en estas circunstancias en que la intervención no era de ningún modo ineluctable, en ausencia de toda causa externa, la falta de información había sido la causa exclusiva del daño.

Sin embargo, en un fallo posterior, pero en el cual, a decir verdad, ninguna indicación es dada respecto al carácter ineluctable o no de la intervención, la Corte de Casación expresa una postura y da una solución apta para poner en duda las soluciones expuestas anteriormente. En efecto, estima que la falta de información que le era reprochada al médico había “solamente privado al enfermo de una oportunidad de escapar, por una decisión quizá más juiciosa, al riesgo que finalmente se realizó, pérdida que constituye un perjuicio distinto de las afectaciones corporales”. Tal solución había sido sugerida hace algunos años por el profesor Durry.

Encontramos aquí la eterna cuestión, tratada anteriormente, de la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir. Pero la misma observación fundamental debe ser hecha de nuevo aquí: puesto que el proceso llegó hasta su término, el problema no es evaluar el perjuicio que deriva de una eventual oportunidad perdida, sino resolver un problema de causalidad; se trata únicamente de saber si la culpa que deriva de la falta de información jugó un rol causal en la situación tal como se presenta al término del proceso, es decir, en la realización del perjuicio final. Ahora bien, el juez no puede responder “puede ser” a esta pregunta; sólo puede responder sí o no. Si la respuesta es afirmativa, el daño completo debe ser reparado. Ahora bien, en la medida en que la intervención no era ineluctable, la falta de información privó al paciente de toda posibilidad de elegir puesto que la existencia misma de esta posibilidad no se le dio a conocer; entonces la respuesta sólo puede ser afirmativa y la reparación del perjuicio sólo puede ser integral, comprendiendo, obviamente y ante todo, el daño corporal.

Leer también

- Lambert- Faivre Y., Le droit du dommage corporel, Dalloz 2000
- Penneau A., Règles de l'art et normes techniques, LGDJ, 1989
- Penneau J., Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, LGDJ, 1973
- Sargos P., "Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de responsabilité civile des médecins", Mélanges Lambert, p. 375, Dalloz, 2002
- Tunc A., Énigmatique maladresse, Festschrift für Ernst Von Caemmerer, Tubingen, JCB Mohr, 1978 y Jalons, Dits et écrits de André Tunc, Sociedad de legislación comparada, 1991

CAPÍTULO II

Responsabilidad y práctica colectiva

Dos partes deben ser distinguidas aquí: el ejercicio en un establecimiento de hospitalización (sección 1) y el ejercicio en el seno de un equipo o de un grupo médico (sección 2).

Sección 1

Ejercicio en un establecimiento de hospitalización

En consideración a la estructura del sistema hospitalario francés, estudiaremos sucesivamente el ejercicio en un establecimiento hospitalario público (I) y el ejercicio en un establecimiento hospitalario privado (II).

I - Ejercicio en establecimiento hospitalario público

El ejercicio en un establecimiento hospitalario público toma diversas modalidades que le confieren a las reglas de competencia aplicables (A) una complejidad cierta; por otra parte, en la medida en que la competencia se radica en los tribunales administrativos, las condiciones de la responsabilidad (B) y su puesta en práctica (C) están sometidas al particularismo del derecho administrativo, aun cuando la ley del 4 de marzo de 2002 haya aportado perceptibles atenuaciones a este principio.

A - Competencia

En principio, la responsabilidad inherente al ejercicio médico en establecimientos públicos es competencia del juez administrativo (1), pero existen excepciones por las cuales la competencia de los tribunales ordinarios (2) se impone.

1 - Competencia de principio del juez administrativo

A partir del momento en que en 1908 los procesos judiciales extracontractuales del Estado y de las colectividades locales fueron unificados ante el juez administrativo, se impuso la competencia de los tribunales administrativos para conocer de los procesos judiciales de responsabilidad médica generados por los actos realizados por el personal administrativo y auxiliar médico de los hospitales públicos. En efecto, este personal, regido por las disposiciones del título IV del estatuto general de funcionarios (y las disposiciones de los artículos L. 818 y siguientes del Código de Salud Pública – derogación diferida), pertenece a la función pública, y la responsabilidad que eventualmente deriva de sus actos compromete la responsabilidad de la persona pública que la emplea, esto, ante el juez administrativo y en las condiciones de derecho común de la responsabilidad de la administración.

No ocurrió lo mismo con la responsabilidad generada por los actos de los médicos (regidos actualmente, así como los farmacéuticos y biólogos, por los artículos L. 6151-1 del Código de Salud Pública), para la cual la situación fue confusa hasta los años 1960. En efecto, la situación particular de los médicos en la relación de cuidado que se establece con el paciente, incluso en el seno de un establecimiento de hospitalización pública, incitaba a los tribunales ordinarios del fondo, con la aprobación de la Corte de Casación, a declararse competentes, al menos respecto a todo lo que concernía la actividad propiamente médica, para juzgar las acciones de responsabilidad que derivaban de la actividad de médicos de hospitales públicos. Las razones de esta posición se basaban, por una parte, en la independencia técnica del médico, incluso integrado a una estructura administrativa, y por otra parte, al sentimiento del juez ordinario -derivado de principios jurídicos seguros- de ser el protector natural de la persona humana. Pero al mismo tiempo, los tribunales administrativos, cuando conocían de una acción de reparación de un daño imputable a la culpa de un médico de un establecimiento de hospitalización pública, se declaraban competentes con motivo de que el médico participaba directamente en la ejecución del

servicio público. Hizo falta que el Tribunal de Conflictos¹³ se pronunciara -lo que hizo en dos fallos (*Chailloux e Isaac Slimane*) con fecha 25 de marzo de 1957- en favor de la competencia administrativa. Son dos las principales razones de esta solución: por una parte, aun cuando no dependen del estatuto de la función pública, los médicos de hospitales públicos están, tanto en sus relaciones con el servicio como en sus relaciones con el paciente, en una situación legal y reglamentaria de derecho público (a este respecto, fue por lo demás precisado por el Consejo de Estado que, en el marco del servicio público, no existe contrato entre el médico y el paciente; un paciente no puede entonces reclamar, incluso si al principio fue atendido por el jefe de servicio, por ser operado por un asistente del servicio, a partir del momento en que éste cuente con todas las condiciones para el ejercicio de la medicina en Francia); por otra parte, los médicos de hospitales públicos participan directamente en la ejecución del servicio público. Después de una resistencia de ciertos tribunales ordinarios del fondo, la Corte de Casación finalmente impuso, en 1963, la solución dada por el Tribunal de Conflictos.

Desde esta fecha, el problema está definitivamente solucionado en su principio: las demandas de reparación por daños imputables a la actividad de los médicos del sector público hospitalario, incluidos aquellos que ejercen a tiempo parcial y/o son sustitutos, son competencia de los tribunales administrativos y se rigen tanto por las reglas de fondo como por las reglas procesales del derecho administrativo (infra, C). La demanda interpuesta ante los tribunales administrativos debe entonces ser ejercida contra la persona administrativa y no personalmente contra el médico, y está sometida a la regla de la decisión previa¹⁴.

Sin embargo, en ciertas hipótesis particulares el juez ordinario sigue siendo competente. Subsisten, según las palabras del decano Savatier, “islotos de competencia ordinaria”.

¹³ N. del T: el Tribunal de Conflictos es un tribunal compuesto por magistrados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación encargado de resolver los conflictos de competencia que se presenten entre los tribunales comunes y los tribunales administrativos.

¹⁴ N. del T: La decisión previa consiste en solicitar previamente a la autoridad administrativa de que se trata que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión, otorgando o no una indemnización. Con el pronunciamiento o en su ausencia calificada como silencio administrativo, se generará propiamente un acto administrativo que servirá de base para iniciar el juicio indemnizatorio.

2 - Competencia excepcional del juez ordinario

La competencia del juez ordinario reaparece, por excepción, en dos categorías de circunstancias: por una parte en aplicación de reglas generales (a.), y por otra en razón al particularismo de ciertas situaciones (b.).

a. Aplicación de reglas generales

Es por aplicación de reglas generales que el juez penal es competente para todo lo que concierne a las infracciones, y que el juez civil vuelve a ser competente cuando está comprometida una llamada “culpa personal del agente”, o cuando el acto se realiza en el sector privado de los hospitales públicos, en clínica abierta¹⁵ o en un hospital local.

Obviamente, no existe ninguna inmunidad en beneficio de agentes públicos cuando éstos cometen una infracción, por esto, los médicos de hospitales públicos, como cualquier otro tipo de agente público, responden ante los tribunales penales por las consecuencias penales de los atentados a la vida o a la integridad física que puedan reprochárseles (infra, título II). Aun más, la acción civil que pertenece a la víctima de la infracción puede ser ejercida ante los tribunales penales. Sin embargo, hay que comprender bien cuál es la verdadera naturaleza de la acción civil cuando es ejercida en tal hipótesis. En efecto, no puede tener por objeto de ninguna manera el presentar una demanda de indemnización ante los tribunales penales, puesto que, tratándose de un agente público, sólo los tribunales administrativos son, en principio, competentes a este respecto. Tiene como único objeto y único efecto, activar la acción pública, a la que pone automáticamente en movimiento a pesar de la inacción del Ministerio Público; tiene entonces una importancia extrema: para la búsqueda de pruebas -disponiendo el juez penal a este respecto de poderes bastante más eficaces que el juez administrativo-, y para obtener –se ha hablado a este respecto de “acción vindicativa”- la condena penal del autor del daño. Se trata aquí de una posición de principio de la sala criminal de la Corte de Casación, que admite que aun si la víctima

¹⁵ N. del T: La clínica abierta consiste en un servicio hospitalario en el cual el paciente es libre de recurrir al médico de su elección; o bien es una parte de un centro hospitalario público en dónde uno o varios jefes de servicio pueden atender a su clientela privada.

de una infracción se abstiene, o no está en condiciones, por una razón procesal, de reclamar una indemnización de perjuicios, puede no obstante constituirse en parte civil, con la sola finalidad de activar la acción pública (la misma solución es aceptada, por ejemplo, en lo que concierne a los accidentes del trabajo, en provecho de la víctima de la infracción).

La llamada “culpa personal” es, ya lo veremos, una hipótesis totalmente particular en la cual el juez ordinario vuelve a ser, por excepción, competente. La culpa personal es reconocida en dos categorías de circunstancias. Constituye en primer lugar culpa personal la culpa que está desprovista de todo vínculo con el servicio público: fuera del servicio y sin ningún vínculo con su trabajo, el agente público comete una infracción; la culpa en que incurre el médico al atender a su vecino o a una víctima de un accidente de tránsito constituye culpa personal. En segundo lugar, constituye igualmente culpa personal aquella que no está desprovista de todo vínculo con el servicio público – fue cometida con ocasión de la ejecución de éste- pero que, debido a ciertas características, se desprende del servicio para volverse personal al agente (se habla, por lo demás, de culpa separable del servicio): en tal situación estamos en presencia, ya sea de culpa intencional, ya sea de una culpa de una gravedad excepcional, que se sitúa bastante más allá de la culpa grave, pero hay que señalar que la negligencia constitutiva de una infracción penal, particularmente de imprudencia, no es necesariamente constitutiva de culpa personal cuando, precisamente, no presenta el carácter excepcional de gravedad requerido. Han sido reconocidos especialmente como constitutivos de culpa personal separable: el hecho de haber emprendido un experimento sin interés terapéutico en un paciente; el hecho de haber emprendido, sin ninguna urgencia, una operación grave contra la voluntad de un paciente o sin haber previamente obtenido el consentimiento libre e informado de este; el hecho de que un cirujano de turno rechace obstinadamente molestarse para ir ver a un paciente del cual se le informa un estado preocupante y, por último, el hecho de parte de un equipo quirúrgico, de haber abandonado durante un incendio a un enfermo dormido en la sala de operaciones. Vemos así la gravedad requerida de la culpa personal separable del servicio y sopesamos su relativa escasez.

El efecto general de la culpa personal es permitir al paciente demandar directamente al agente, en este caso al médico, una reparación por el daño que deriva

de su culpa, y esto ante los tribunales ordinarios. Pero para esto hace falta distinguir la culpa personal desprovista de todo vínculo con el servicio y la culpa personal separable del servicio.

Si se trata de culpa personal desprovista de todo vínculo con el servicio, la responsabilidad del médico es la única y está definitivamente comprometida, obviamente sin poderse demandar al servicio por ningún medio, y la acción es de la sola y exclusiva competencia del juez ordinario.

En caso de culpa separable no desprovista de todo vínculo con el servicio, la situación es más compleja, pudiendo presentarse dos casos. Primer caso: el daño es resultado de la culpa personal del médico y de la culpa del servicio (por ejemplo, mala mantención del material o culpa de un auxiliar médico); en este caso estamos en presencia de un cúmulo de culpas que permiten comprometer la responsabilidad del médico por su culpa personal y la responsabilidad del servicio por la culpa del servicio. Segundo caso: el daño es resultado de la sola culpa personal del médico, no habiéndose incurrido en ninguna culpa por parte del servicio, pero como aquella fue cometida con ocasión del funcionamiento del servicio, esta culpa, aun cuando separable, al punto de convertirse en personal del médico, no está desprovista de todo vínculo con el servicio; resulta de esto que la responsabilidad del servicio no está separada, al menos en sus relaciones con el paciente, respecto de quién el servicio sigue siendo deudor de la obligación de reparar el daño; hablamos aquí de cúmulo de responsabilidad: la del médico en razón a su culpa personal y la del servicio en razón a los vínculos que, a pesar de su carácter personal del médico, esta culpa conserva con el servicio, puesto que se incurrió en ella con ocasión de éste.

En estos dos casos, cúmulo de culpas o cúmulo de responsabilidad, la víctima puede escoger entre los tribunales administrativos y los tribunales ordinarios. En efecto, puede hacer abstracción del carácter personal de la negligencia cometida por el médico –de la existencia de esta culpa personal- y ejercer en las condiciones habituales su acción de reparación ante los tribunales administrativos; pero igualmente puede valerse sólo de la culpa personal, y en este caso, dado el carácter separable de esta culpa, que por naturaleza no pertenece al servicio aun si se incurrió en ella con ocasión de éste, la competencia del juez ordinario se impone. Si esta última opción es ejercida por la víctima, la responsabilidad del médico es apreciada en las condiciones

que hemos examinado anteriormente y responde de las consecuencias de su culpa con su patrimonio personal, con reserva del rol que pueda jugar su aseguradora de responsabilidad profesional.

Sin embargo, naturalmente que con posterioridad a la acción ejercida por el paciente, y en función de su elección, son posibles algunas demandas ya sea de parte del médico contra la administración, ya sea de ésta contra el médico, según el caso: cúmulo de culpas o cúmulo de responsabilidad. La jurisprudencia, considerando que estas demandas son de la sola competencia de los tribunales administrativos, puesto que interesan únicamente las relaciones entre la administración y su agente, ha precisado progresivamente las condiciones en las cuales pueden ser interpuestas. En lo concerniente al médico, si fue condenado por los tribunales ordinarios, en caso de cúmulo de culpas, puede demandar a la administración por la parte de responsabilidad que a ella le incumbe por su propia culpa. En cuanto a la administración, puede demandar al médico tanto en caso de cúmulo de culpas como de cúmulo de responsabilidad. En el primer caso, interpone su demanda contra el médico por la culpa en que este incurrió, y la repartición será en función de la gravedad de las culpas respectivas (como en la hipótesis anterior de demanda del médico contra la administración); en el segundo caso, la administración interpondrá su demanda por la integridad de la indemnización que le haya pagado a la víctima, puesto que sólo fue condenada a pagar esta indemnización en calidad de garante en razón a los vínculos existentes entre la actividad del servicio y la culpa personal del médico, no habiendo en esta hipótesis incurrido el servicio en culpa alguna. Se planteó la cuestión de saber si de parte de la aseguradora del hospital era posible interponer una acción subrogatoria en contra del médico, invocando el asegurador la subrogación en los derechos del paciente. La respuesta del Consejo de Estado fue negativa en razón de las disposiciones del artículo L. 121-12 del Código de los Seguros, descartando, en efecto, todo recurso del asegurador en contra de los dependientes del asegurado, salvo en caso de dolo por parte de éstos.

El caso del ejercicio libre por parte de médicos de hospitales públicos a tiempo completo en el seno del servicio público, y el ejercicio de médicos del sector privado en las clínicas abiertas o en hospitales locales, se presenta de manera completamente distinta.

Los médicos funcionarios a tiempo completo del sector público están autorizados para realizar limitadamente un ejercicio libre en el seno de los establecimientos hospitalarios públicos en los cuales han sido nombrados. Esto en condiciones muy estrictas, definidas por los artículos L.6154-1 y siguientes y R. 714-28-10 y siguientes del Código de Salud Pública. Las clínicas abiertas son establecimientos hospitalarios o sectores de establecimientos hospitalarios públicos en los cuales los pacientes, admitidos a título oneroso, son libres de recurrir a personal médico que no sea parte del personal titular del establecimiento de su elección; su definición y su estatus están dados por los artículos L. 6146-10 y R. 714-29 y ss. del Código de Salud Pública. En cuanto a los hospitales locales, regidos por los artículos L. 6141-2 y R. 711-6-4 y siguientes del Código de Salud Pública, lo más comúnmente son establecimientos desprovistos de médicos permanentes (antiguos hospitales rurales) y que funcionan gracias a la participación de médicos y cirujanos en ejercicio libre autorizados a intervenir en ellos.

En lo concerniente a la competencia relativa a la reparación de los daños que sobrevienen en el sector privado (ejercicio libre de los médicos funcionarios a tiempo completo) de los hospitales públicos y en las clínicas abiertas, el Consejo de Estado procede a una distinción que se desprende de dos fallos, uno con fecha 4 de junio de 1965 respecto a las clínicas abiertas y otro del 10 de octubre de 1973 con respecto al sector privado. Por una parte, las relaciones que se establecen entre los pacientes admitidos en clínica abierta o atendidos en el sector privado y los médicos, dependen del derecho privado y por lo tanto son de competencia de los tribunales ordinarios; por otra parte y, sin embargo, la responsabilidad del hospital puede resultar comprometida en caso que se establezca que el daño tuvo por causa un mal funcionamiento del servicio público que derive ya sea de una mala instalación en los locales, como de un material defectuoso o de una negligencia cometida por un miembro del personal auxiliar del hospital y puesto a disposición del médico por parte de aquel. Ésta distinción, a priori clara, es en todo caso fuente de dificultades.

En primer lugar, dificultades cuando el origen del daño es incierto, y el caso, lo podemos imaginar, no es raro: con frecuencia es extremadamente difícil saber, en el momento en que se interpone la acción, si es la actividad propia del médico, de competencia de los tribunales ordinarios, o es el funcionamiento del servicio, de

competencia de los tribunales administrativos, lo que está en el origen del daño. El demandante se expone entonces, eventualmente, a dirigir mal su acción; y si quiere evitar este escollo, debe interponer dos acciones, una en cada clase de tribunal. Por las complicaciones que trae consigo, la dificultad no es poca; la propuesta de unificar los procesos judiciales (como fue hecho, por lo demás, en el ámbito de las investigaciones biomédicas: Código de Salud Pública, art. L. 1126-7), aprovechando una eventual reforma del derecho de la responsabilidad médica, nunca tuvo lugar (v., sin embargo, el procedimiento de mediación¹⁶ ante las comisiones regionales de conciliación y de indemnización, *infra*, cap. IV). Igual dificultad se presenta cuando un cirujano, actuando en el marco de su actividad hospitalaria privada, es asistido por un anestesista (u otro médico) que actúa en el marco de su estatus, que es el del sector público hospitalario. ¿El cirujano, que es el jefe del equipo quirúrgico, y que por hipótesis contrató con el paciente, puede ser declarado contractualmente responsable por el hecho del miembro del equipo que, actuando en el marco de su estatus de médico de hospital público, necesariamente no celebró ningún contrato con ese mismo paciente, y esto, tal como fue decidido en el equipo de médicos que ejerce en el sector privado (*infra*, sección 2, I)? A esta pregunta, a la cual un fallo de un tribunal civil respondió afirmativamente, la Corte de Casación y el Tribunal de Conflictos, con toda razón, respondieron negativamente: “el cirujano a tiempo completo de un centro hospitalario que practica una operación por concepto de la actividad que ejerce no es contractualmente responsable, para con el paciente, de los actos del médico anestesista del centro hospitalario que lo asiste en calidad de agente público.”

Podemos señalar también, en lo que respecta a la prueba de la admisión al sector privado derivada del ejercicio libre de médicos a tiempo completo, que la Corte de Casación ha precisado que esta prueba consiste en el documento firmado por el paciente al momento de la hospitalización y en el que expresa “su decisión de ser tratado por concepto del ejercicio libre del médico”. El mismo fallo también precisó que el médico no puede por un acto unilateral de voluntad poner fin a este contrato de derecho privado y pretender otorgar ulteriormente sus cuidados en calidad de agente

¹⁶ N. del T. se ha optado por la voz “mediación” para traducir “*règlement amiable*” al tratarse de una fase no judicial en virtud de la cual puede obtenerse una reparación antes del ejercicio de las acciones judiciales.

público. Para que una transferencia de este tipo (a fin de cuentas, puramente jurídico) - del sector privado al sector público- sea admitida, es necesario que un nuevo acuerdo de voluntad intervenga entre el paciente y el médico; es la estricta aplicación del principio planteado en el artículo 1134 del Código Civil¹⁷.

Finalmente, en lo concerniente a los hospitales locales, parece lógico aplicar los mismos principios que acabamos de exponer a propósito del sector privado y de las clínicas abiertas.

b. Particularismo de ciertas situaciones

Aquí deben ser examinadas las situaciones que derivan de la participación de clínicas privadas en la ejecución del servicio público y de la práctica de lo que comúnmente se llama hospitalización a domicilio.

Bajo ciertas condiciones, los establecimientos privados pueden ser autorizados a asegurar la ejecución del servicio público (C. de Salud Pública, art. L. 6161-5) o a participar en la ejecución del servicio público hospitalario (C. de Salud Pública, art. L. 6161-6). Además, está previsto que los establecimientos que participan en la ejecución del servicio público pueden recurrir a médicos hospitalarios (C. de Salud Pública art. 6161-7, inc. 4). Por otra parte, cierto número de centros o clínicas privadas participan en la ejecución de una misión de servicio público, en virtud de contratos celebrados con una persona jurídica de derecho público (centros de lucha contra el cáncer, clínicas privadas que participan del servicio público de tratamiento de enfermos mentales). Estas situaciones hacen aparecer dos preguntas: ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a estos establecimientos, tomando en cuenta la obligación que tienen de respetar los deberes inherentes a la ejecución del servicio público? y, ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a los actos efectuados por los médicos separados del servicio público en estos establecimientos? Por lo demás, podemos plantear una tercera pregunta, la cual es saber: en la medida en que el enfermo no es solamente cliente de la clínica o del centro privado en el cual está siendo atendido, sino también usuario del servicio público hospitalario del que participa

¹⁷ N. del T: Nuestro equivalente es el artículo 1545 del Código Civil.

esta clínica o este centro, ¿no podría igualmente comprometer la responsabilidad de la persona pública encargada normalmente del servicio hospitalario?

La jurisprudencia tuvo primero la oportunidad de pronunciarse a propósito de situaciones distintas a aquellas que derivaban de las disposiciones de la ley hospitalaria y de sus decretos de aplicación. Es así como fue fallado que la competencia para conocer la acción de responsabilidad dirigida en contra de un centro de transfusión sanguínea, administrada (en esa época) por una persona de derecho privado, era competencia de los tribunales ordinarios; la misma solución se dio respecto de un centro de lucha contra el cáncer; igualmente, se dio la misma solución para las clínicas privadas que participaban, en virtud de un contrato celebrado con el departamento¹⁸, del tratamiento de enfermos mentales. Posteriormente, la jurisprudencia, en aplicación de las disposiciones de la ley hospitalaria, se pronunció en el mismo sentido respecto de las clínicas privadas que aseguran el mismo servicio público hospitalario. El criterio utilizado para justificar esta solución es que estos establecimientos carecen de las prerrogativas del poder público: aun cuando aseguran el servicio público, con todas sus obligaciones, estos establecimientos no tienen a su disposición ninguna de las prerrogativas del poder público y, en esta medida, la competencia de los tribunales ordinarios está justificada.

En lo concerniente a los médicos del servicio público separados de estos establecimientos, la jurisprudencia igualmente parece querer radicar la competencia en los tribunales ordinarios, lo que es más discutible ya que no se ve por qué, por el solo efecto de esta separación, el médico funcionario de un hospital público podría ser privado de su estatus.

Quedan sólo dos casos en los que se podría pensar que debería radicarse la competencia en tribunales administrativos de presentarse un juicio de responsabilidad. Se trata, en primer lugar, del daño causado por el mal funcionamiento de un equipo administrado por un hospital público y utilizado por un establecimiento privado; en segundo lugar, el daño que podría ser causado por un hospital público a un enfermo que un establecimiento privado hubiera remitido para exámenes o cuidados complementarios.

¹⁸N. del T: División territorial francesa, superior a la comuna e inferior a la provincia.

La hospitalización a domicilio (C. de Salud Pública, art. L. 6121-2, inc. 4°, y R. 712-2-1 y D. 712-35 y ss.) da lugar a una situación particular: el enfermo se beneficia de cuidados prescritos por su médico tratante, en acuerdo con el médico hospitalario y ejecutado por un personal auxiliar médico que a veces pertenece al sector hospitalario público, pero también con frecuencia a asociaciones de derecho privado. En lo concerniente a la responsabilidad, todo lleva a pensar que respecto de los actos ejecutados por el médico tratante y por los auxiliares médicos de asociaciones de derecho privado, la competencia pertenece a los tribunales ordinarios, y a los tribunales administrativos por los actos realizados por los agentes (comprendidos los auxiliares médicos) del sector público.

B – Condiciones de la responsabilidad

No retomaremos aquí los problemas relativos al perjuicio y a la causalidad que se presentan en términos notoriamente idénticos a los que fueron anteriormente expuestos a propósito del sector privado. Así ocurre particularmente con la necesidad y las características necesarias de la relación de causalidad, así como la incidencia en este ámbito de la jurisprudencia relativa a la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir; con los problemas planteados por la evaluación del perjuicio, especialmente en presencia de un estado patológico o de predisposición anterior, o aun, con la consideración de perjuicios particulares en relación con la evolución de técnicas médicas como, por ejemplo, el nacimiento de un niño después del fracaso de una interrupción del embarazo.

Entonces, si nos atenemos a la culpa, hay que subrayar que las disposiciones del artículo L. 1142-1, I, inc. 1° y 2°, que se aplican tanto al sector público como al sector privado, hacen de la responsabilidad por culpa el régimen de principio (1), y hacen caducar la evolución que se había iniciado a favor de un régimen de responsabilidad sin culpa (2).

1 – Principio: responsabilidad por culpa

A decir verdad, el juez administrativo siempre ha rechazado extender la responsabilidad sin culpa fuera de los casos muy limitados de origen legal o de origen

jurisprudencial que serán evocados más adelante, y el principio siempre ha sido que la culpa es una condición indispensable para que se vea comprometida la responsabilidad de los establecimientos públicos hospitalarios en los actos y cuidados médicos que se ejecutan.

Desde que el Consejo de Estado abandonara, en un fallo en plenario con fecha 10 de abril de 1992, *M. et Mme. V.*, la distinción entre: por una parte, los daños causados ya sea por una deficiente organización o un deficiente funcionamiento del servicio, como por la ejecución defectuosa de cuidados – para los cuales la culpa leve bastaba para comprometer la responsabilidad – y por otra, los daños causados por la ejecución defectuosa de un acto médico – para los cuales la culpa grave era necesaria – (bastando ahora en todos los casos de culpa leve para comprometer la responsabilidad del servicio, cualquiera sea la naturaleza del acto, acto de cuidado o acto médico), ya no hay diferencia, desde este punto de vista, entre la jurisprudencia de los tribunales administrativos y la de los tribunales ordinarios.

Se mantienen particularidades que tienen que ver, por una parte, con la utilización que hacen los tribunales administrativos de la presunción de culpa (a), y por otra, con el régimen especial al que ciertas situaciones están sometidas en el ámbito psiquiátrico (b).

a. Presunción de culpa

Hay casos en los que no está positivamente probada la culpa, en los cuales el origen del daño es puramente hipotético, pero en los que, sin embargo, el daño es demasiado inesperado, demasiado inexplicable para los conocimientos de la ciencia y demasiado anormal en relación al resultado que uno podría razonablemente esperar de la estadía en el establecimiento y del tratamiento aplicado.

En tales condiciones, y en razón a esta inexplicable anormalidad, el juez administrativo da por establecida la responsabilidad del servicio fundamentándola en una culpa leve presunta. En los inicios de esta jurisprudencia, la fórmula utilizada era la siguiente: “el daño revela un funcionamiento defectuoso del servicio público de tal naturaleza que es apto para comprometer la responsabilidad de la administración”. La fórmula actual hace expresamente referencia a la culpa: “el daño revela culpa en la

organización o en el funcionamiento del servicio”. Se trata por lo tanto de una presunción puesto que la existencia de la culpa es directamente deducida del carácter y de la existencia del daño.

El efecto más evidente de esta jurisprudencia radica en el favor que se le hace a la víctima, que se ve dispensada del peso de la prueba, carga que se ve invertida: puesto que la culpa es presunta, corresponde al servicio probar la ausencia de culpa, lo que es casi imposible tratándose de una prueba negativa, o la intervención de una causa extraña. Pero, al mismo tiempo, el juez administrativo se reserva un margen de maniobra muy importante puesto que está en condiciones de apreciar, caso por caso, lo oportuno de fundar su fallo en tal presunción.

Esta presunción jurisprudencial de culpa, en razón del carácter anormal del daño, fue aplicada primero a accidentes de vacunación, antes que el legislador interviniera en el ámbito de las vacunaciones obligatorias (C. de Salud Pública, art. L. 3111-9); enseguida empleada en diversas hipótesis en las que estaban envueltas quemaduras, compresiones nerviosas peroperatorias, daños causados por perfusiones o inyecciones; luego fue extendida a las infecciones intrahospitalarias.

Se trata entonces de una jurisprudencia perfectamente establecida y de aplicación completamente general, y no limitada a los puros actos e intervenciones benignas como algunos lo creyeron en algún momento. Existe sólo una limitante a esta jurisprudencia: es indispensable que sea probada la relación de causalidad entre la estancia en el hospital y el daño que se pide reparar. Un fallo del Consejo de Estado con fecha 25 de enero de 1974, *Sainte-Marthe D’Avignon*, marcó perfectamente este límite. Un joven había sido hospitalizado por una herida en un servicio donde también estaba hospitalizado un paciente aquejado de poliomielitis. El joven, en el transcurso de su estancia en el hospital, contrajo esta enfermedad. Sin embargo, se estableció que todas las precauciones de aislamiento habían sido tomadas por el conjunto del personal del servicio y ninguna insuficiencia o negligencia fue hallada en este ámbito; y por supuesto, ningún elemento permitía saber si la enfermedad había sido contraída antes del ingreso o durante la estancia en el hospital. El Relator Público¹⁹ sostuvo que

¹⁹ N. del T: En el texto « *Commissaire du Gouvernement* », que se puede traducir como Comisario del Gobierno. Una ley entrada en vigor el 1º de febrero de 2009, cambia su denominación por la de « *Rapporteur Public* », manteniendo sus mismas funciones,

se debía una reparación por el solo hecho de la presencia simultánea en el servicio del joven herido y del poliomielítico. Para el Relator, se trataba entonces de admitir una relación de causalidad (entre la estadía en el hospital y la aparición de la enfermedad), en forma previa a la presunción de culpa. El Consejo de Estado se negó a seguir esta opinión y rechazó la demanda de indemnización; así indicó claramente que rechazaba extender su jurisprudencia a la presunción de causalidad; y sustituir así esta jurisprudencia por un principio general de responsabilidad sin culpa.

b. Particularidades del ámbito psiquiátrico

En el ámbito psiquiátrico, hay que distinguir el daño sufrido por el enfermo y los daños causados a terceros.

En lo concerniente a los daños sufridos por el enfermo, siempre se les ha aplicado el régimen de derecho común que acabamos de exponer a los daños que están relacionados con los cuidados propiamente tales.

Por el contrario, el suicidio del enfermo generó dudas, y la responsabilidad que eventualmente le corresponde al servicio está sometida, en ciertas circunstancias, a un régimen particular. Dudas en la medida que antes de 1966 la responsabilidad sólo se comprometía, en toda hipótesis, en caso de “culpa manifiesta y de particular gravedad”, en otras palabras, de culpa grave. Sin embargo, desde un fallo del Consejo de Estado con fecha 5 de enero de 1966, *Hawezack*, cuando el suicidio se hizo posible en razón a una falta de cuidado, en el sentido que se definió anteriormente, o de un mal funcionamiento del servicio, basta la culpa leve. En principio, el régimen de responsabilidad en caso de suicidio del paciente internado es entonces el de derecho común: a partir de ahora, de culpa leve. Sin embargo -y es aquí donde el régimen particular se manifiesta- en caso que se pongan en práctica métodos modernos de tratamiento, que implican que el tratamiento sea voluntario o que sean puestos en práctica procedimientos de ergoterapia, la responsabilidad del servicio por falta de

fundamentalmente exponer las preguntas que se presentan para su resolución en cada recurso contencioso, y hacer conocer, formulando sus conclusiones con toda independencia, su apreciación imparcial sobre las circunstancias de hecho y las reglas de derecho aplicables. V. Fallo *Esclatine*, Consejo de Estado, 29 de julio de 1998, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008012422&dateTexte>
= Última consulta: 1º de mayo de 2010.

vigilancia está, *a priori*, descartada. En una primera etapa, fue fallado por el Consejo de Estado que “considerando los métodos empleados en la internación voluntaria de la Facultad de Medicina dependiente del centro psiquiátrico Sainte-Anne en París, el suicidio de un paciente internado por depresión nerviosa, en ausencia de un error de diagnóstico, no revela culpa en el funcionamiento del establecimiento, siendo que no se desprende de la investigación que el deceso del interesado hubiese podido ser evitado ya sea por una mejor organización del servicio, ya sea por un acondicionamiento de las instalaciones”. En este fallo, el Consejo de Estado limita entonces la culpa (probada) a la organización del servicio o al acondicionamiento de las instalaciones. Pero en una segunda etapa, que fijó su posición, el Consejo de Estado, en un fallo de fecha 18 de enero de 1974, *Vda. Hamadi* suprimió esta reserva: “considerando los métodos empleados en la internación voluntaria de un hospital psiquiátrico, y siendo que no se estableció ningún error de diagnóstico respecto del estado real del enfermo, ni respecto de la ausencia de una vigilancia permanente, ni de la circunstancia de que el señor Hamadi haya conseguido procurarse una cuerda durante las sesiones de ergoterapia que formaban parte integrante del tratamiento, no se aprecia culpa en la organización o el funcionamiento del servicio hospitalario.” Pero esta jurisprudencia tiene sus límites que define perfectamente el caso siguiente. Un enfermo internado voluntariamente es enviado, en el marco de la ergoterapia a la cual está sometido, a limpiar vidrios interiores de ventanas situadas a doce metros sobre el suelo, ventanas que ningún sistema de seguridad impedía abrir. Obviamente, se aprovechó de esto para suicidarse. El tribunal administrativo de Lille, después de haber descartado el error de diagnóstico, declaró que en razón al método de tratamiento puesto en práctica –la ergoterapia- ninguna falta de vigilancia podía serle reprochada al establecimiento hospitalario. Este fallo fue anulado por el Consejo de Estado motivado en que: “aun si este deber le fue confiado en el marco de un método terapéutico de readaptación social, en razón al mejoramiento de su estado de salud, y admitiendo que el enfermo no fue encargado de limpiar el exterior de las ventanas, la limpieza de esos vidrios, en ausencia de todo dispositivo destinado a impedirle, ya sea de abrir las ventanas, ya sea de caerse, requería de una vigilancia particular por el peligro que representaba tal actividad”.

Por otra parte, pueden ser causados daños a terceros en tres circunstancias: después de la salida por alta médica, en caso de evasión, en caso de salidas de prueba (sobre éstas, V. infra, 2, responsabilidad sin culpa).

En caso de salida después del alta médica, si se sostiene que es por error que esta salida fue autorizada, porque la cura no había sido verdaderamente alcanzada, hay que probar la culpa que deriva del diagnóstico errado. Por otra parte, en caso de internación de oficio, se plantea el problema de la responsabilidad del Estado, puesto que la salida, aun cuando está subordinada a constataciones médicas, es ordenada por el prefecto²⁰. Obviamente, independiente del error de diagnóstico, diversas negligencias son aptas para comprometer la responsabilidad del servicio. Así se falló, por ejemplo, en un caso en que al momento de su salida definitiva, el paciente fue propuesto por parte del servicio para un empleo donde unos granjeros, sin que se les haya señalado a aquéllos la fuerte y lamentable propensión del interesado a prender fuego; lo que hizo rápidamente en la granja de sus nuevos empleadores.

En caso de daño causado después de la evasión de un enfermo internado, ya sea por demanda de un tercero, ya sea de oficio, se exige culpa grave para comprometer la responsabilidad del servicio.

2 – Responsabilidad sin culpa

Las disposiciones precitadas del artículo L. 1142-1, I, inciso 1°, del Código de Salud Pública hacen caducar la jurisprudencia que había sido inaugurada por un notable fallo del Consejo de Estado con fecha 9 de abril de 1993, *Bianchi*, que en presencia de un daño de extrema gravedad, admitía la responsabilidad sin culpa del servicio, siempre que este daño fuera consecuencia de un acto médico necesario al diagnóstico o al tratamiento, presentando tres características: un riesgo cuya existencia es conocida, cuya realización es sin embargo excepcional, y que ninguna razón permita pensar que el paciente está particularmente expuesto a él.

Independientemente de los daños que derivan del defecto de un producto de salud o de una infección intrahospitalaria, expresamente aludidos por las disposiciones

²⁰ N. del T: Autoridad de una región o departamento francés encargado de dirigir la acción del Estado en su territorio.

del artículo L. 1142-1, I, inciso 1° y 2° del Código de Salud Pública, en este ámbito los únicos casos de responsabilidad sin culpa son entonces los aludidos por las disposiciones legales.

La responsabilidad del Estado, como ya se hizo alusión, se ve comprometida en ausencia de culpa, por el solo hecho del daño que eventualmente deriva de una vacunación obligatoria (C. de Salud Pública, art. L. 3111-9). Por lo demás, se rechazó extender este régimen a los daños que deriven de vacunaciones que no son declaradas obligatorias por el legislador, aun si estas son impuestas por una autoridad administrativa.

Los establecimientos de transfusión sanguínea asumen, aun sin culpa, la responsabilidad por los riesgos en que incurren los donantes en razón de extracciones de (C. de Salud Pública, art. L. 1222-9).

En lo concerniente a las investigaciones biomédicas sin beneficio directo, el promotor, que puede ser, y sin duda comúnmente será, un servicio hospitalario, asume aun sin culpa la indemnización de las consecuencias dañinas de la investigación, sin que pueda oponerse el hecho de un tercero o el retiro voluntario de la persona que inicialmente consintió en prestarse para esta investigación (C. de Salud Pública, art. L. 1121-7 inc. 1°).

Los daños causados a terceros con ocasión de las salidas de prueba de pacientes internados de oficio o a solicitud de un tercero en el sector psiquiátrico estaban sometidos a un régimen de responsabilidad sin culpa. Las salidas de prueba tienen por objetivo la cura, la readaptación o la reinserción social de personas que fueron objeto ya sea de una internación a solicitud de terceros, ya sea de una internación de oficio. En el primer caso, son decididas por el psiquiatra del establecimiento, en el segundo caso, por el prefecto a partir de una propuesta escrita y motivada de un psiquiatra del establecimiento (C. de Salud Pública, art. L. 3211-11). Estas salidas de prueba no tienen ninguna influencia en la situación jurídica del paciente, quien debe seguir siendo considerado como ingresado en el hospital en razón a la medida de internación, puesto que el médico del establecimiento puede reintegrarlo a su servicio fundándose solamente en consideraciones médicas y sin otra formalidad. En estas condiciones, con el fundamento de la igualdad ante las cargas públicas y en ausencia de toda culpa probada o presunta, el Consejo de Estado da por

establecida la responsabilidad de la administración cuando el paciente causa un daño a un tercero con ocasión de una salida de prueba. No es seguro que las nuevas disposiciones permitan mantener esta jurisprudencia.

Igualmente, da lugar a un régimen de responsabilidad sin culpa –que esta vez salta a la vista- el daño que sufra el interesado por la colaboración benévola al servicio público hospitalario, por ejemplo, la herida sufrida por un visitante que ayuda benévolamente a una enfermera, a solicitud de ésta, en una situación de urgencia; pero una ayuda ni solicitada ni aceptada no se beneficia de este régimen cuando es prestada sin ninguna necesidad o urgencia.

C – Puesta en práctica

La puesta en práctica de la responsabilidad médica en el sector público presenta una particularidad importante: la substitución del agente hospitalario por la persona jurídica, estando a partir de ahora la acción sometida a la prescripción de diez años y ya no los cuatro años propios de los créditos contra el Estado, las colectividades locales y los establecimientos públicos (C. de Salud Pública, art. L. 1142-28).

El médico hospitalario (y en general todo agente hospitalario), como todo agente público, no puede ser demandado personalmente para reparar el daño causado por su culpa, salvo en caso de culpa personal en el sentido en que ha sido anteriormente definida. Entonces, la víctima debe demandar reparación a la persona jurídica de derecho público por cuenta de quien el médico hospitalario ejerce las funciones en el ejercicio de las cuales el daño ha sido causado; debe interponer esta demanda ante el tribunal administrativo territorialmente competente después de haber puesto en marcha el procedimiento de la decisión previa. En caso de culpa personal separable de las funciones, la víctima dispone de una opción que ha sido examinada anteriormente, así como las acciones que puedan proceder de ella.

II – Ejercicio en establecimientos privados de salud

No podemos aquí, como anteriormente, pero por otras razones, contentarnos con examinar la responsabilidad de los médicos (B); en razón de la complejidad de los vínculos, necesariamente hay que examinar también la responsabilidad de los establecimientos (A).

A – Responsabilidad de los establecimientos privados de salud

Con respecto al paciente, los establecimientos privados de salud cumplen una doble función: una función hotelera y una función de cuidados. Existe entonces entre pacientes y establecimientos una situación contractual, de doble cara si puede decirse, comprendiendo: un contrato de hotelería (1) y un contrato de cuidados (2).

1 – Ejecución del contrato de hotelería

Se aplican a este contrato las reglas de derecho común que rigen el contrato de hotelería, es decir, que en principio la clínica contrae, para todo lo que concierne a su función hotelera, sólo una obligación de medios, incluso en lo concerniente a la seguridad de los pacientes. De esta forma, fue rechazada la demanda de un paciente que, siguiendo una cura de adelgazamiento en un establecimiento de salud, se hirió cayendo de una baranda sobre la que buscaba sentarse; se estimó que la baranda, cuya instalación era reglamentaria, constituía una protección suficiente y que el establecimiento no había incurrido en culpa al no llamar la atención a la víctima, mayor de edad y poseedora de todas sus facultades, sobre un eventual peligro.

Sin embargo, dos particularidades deben ser señaladas.

En primer lugar, hay circunstancias en las que el paciente le encarga a la clínica el cuidado de velar por su seguridad en el conjunto de las prestaciones no-médicas; así ocurre con el paciente impotente o inconsciente (especialmente durante la anestesia); en tal hipótesis, la clínica asume una obligación de seguridad determinada (de resultado). Así, en un caso en que una madre sufrió graves quemaduras durante el incendio de la maternidad, se falló que el paciente internado se ve obligado a confiarle al director del establecimiento, quien le asegura alojamiento y comida, el cuidado de

proteger su seguridad contra los diversos peligros que podrían suceder; en tales circunstancias, en caso de que un siniestro afecte la salud o la integridad corporal del paciente, corresponde entonces al director del establecimiento aportar la prueba de la causa extraña, única apta para liberarlo de la obligación determinada de seguridad que el contrato puso a cargo suyo.

En segundo lugar, la regla establecida por los artículos 1952 y siguientes del Código Civil²¹, según la cual la responsabilidad del hotelero se ve comprometida de pleno derecho, salvo por culpa del cliente o caso de fuerza mayor, en caso de robo o de daño que sufran los bienes llevados por el cliente al establecimiento, no es aplicable a las clínicas. A este respecto, se ha fallado que “no podríamos considerar como un hotelero o un posadero al explotador de una clínica, ni como viajeros, en el sentido del artículo 1952 del Código Civil, a las personas que vienen a habitar en una pieza durante el tiempo en el cual les son prestados los cuidados necesarios por su estado”. Y por lo demás, una cláusula limitativa de responsabilidad debe producir todos sus efectos, es lo que fue fallado recientemente en un nuevo caso en que estaba en discusión una cláusula que excluía la responsabilidad de la clínica salvo depósito de valores y joyas en la recepción. Hay reglas particulares que conciernen a la responsabilidad de los establecimientos de salud que alojan personas de edad o minusválidas con respecto a los bienes de las personas acogidas (C. de Salud Pública, art. L. 1113-1 y s. y R. 1113-1 y s.).

2- Ejecución del contrato de cuidados

En lo concerniente a los cuidados, las clínicas deben asegurar una triple función: suministrar material y productos, poner a disposición personal auxiliar médico, observación del paciente.

En la medida que el daño por el cual se demanda reparación sobreviene en razón de un defecto de un producto de salud (sobre éstos, *supra*, cap. I, sección 1, I, B), o como consecuencia de una infección intrahospitalaria, la responsabilidad de los establecimientos de salud se ve comprometida de pleno derecho (C. de Salud Pública, art. L. 1142-1, I, inc. 1° y 2°).

²¹ N. del T: Equivalentes a los artículos 2241 y siguientes de nuestro Código Civil.

Las clínicas están obligadas a poner a disposición del paciente personal médico en número suficiente y poseedor de la calidad requerida para los puestos ocupados. Se trata aquí de una obligación de resultado. Además, las clínicas responden contractualmente por las negligencias en que incurre el personal auxiliar médico. Sin embargo, debe ser hecha una distinción que aporta un límite al principio: es así sólo en la medida que este personal no está sujeto a la vigilancia directa del médico; vigilancia directa que puede volverse necesaria, ya sea en razón a la colaboración inmediata que se deduce de las circunstancias, ya sea por la naturaleza del acto; en efecto, en tal caso, como lo veremos más adelante, el médico se convierte en comitente ocasional del personal auxiliar que ejecuta los cuidados que él prescribió, y responde por las culpas en que incurre este personal, con exclusión de la responsabilidad de la clínica que es entonces descartada. Dicho de otra forma, la clínica responde por las negligencias en que incurre el personal auxiliar que emplea, en la sola medida que: 1) el acto realizado es, por su naturaleza de aquellos que, en aplicación de la reglamentación vigente, pueden ser realizados por un auxiliar médico sin la presencia de un médico, ya sea a partir de una prescripción médica, como sin tal prescripción si el acto entra en el ámbito del rol propio del enfermero; 2) el acto no es, de hecho, realizado bajo la vigilancia directa de un médico, quien debe entonces controlar su ejecución.

Acabando con una evolución que había nacido a propósito de las matronas y de los cirujanos dentistas, que igualmente son profesiones médicas, la Corte de Casación falló que los establecimientos de salud privados responden por los daños que derivan de las negligencias en que incurren los médicos asalariados que emplean (Cas. 1ª sala civil, 4 de junio de 1991 y Cas. sala criminal, 5 de marzo de 1992). Esta solución, aun cuando fue objeto de controversias doctrinales, desde entonces es aceptada. Por otro lado, la Corte de Casación tuvo ocasión de precisar que un médico asalariado de un establecimiento privado de salud puede ser condenado a garantizar al establecimiento por las condenas dictadas en su contra (Cas. primera sala civil, 9 de abril de 2002).

El régimen de responsabilidad al que se exponen las clínicas en razón a una falta de vigilancia no deja de estar en relación con el punto anterior, puesto que la vigilancia es ejercida necesariamente por intermedio del personal médico y auxiliar médico. Pero evidentemente la obligación de vigilancia constituye una obligación de

naturaleza particular que pesa sobre las clínicas. Se trata de una obligación de medios y, desde este punto de vista, contrariamente a lo que a veces se sostiene, la jurisprudencia no hace ninguna distinción entre las clínicas no especializadas en psiquiatría y las clínicas psiquiátricas. Por supuesto, la cuestión se planteó a propósito de suicidios de pacientes. Cualquiera que sea la especialización de la clínica, la responsabilidad en este caso no puede verse comprometida por el solo hecho del suicidio; es necesario probar positivamente que se incurrió en culpa. Se trata por tanto de una obligación de medios, pero está claro que en razón al elevado riesgo de suicidio en el medio psiquiátrico, la diligencia exigida en la vigilancia de los pacientes es, desde este punto de vista, de un muy alto nivel, y que la obligación es apreciada tanto más estrictamente cuanto que este riesgo era conocido y, en un muy gran número de casos, previsible. No es por ello menos cierto que en un medio no psiquiátrico el enfermo que después de una intervención manifiesta una agitación inquietante, el enfermo del que sabemos presenta antecedentes de suicidio, debe ser objeto de una vigilancia particularmente atenta.

Desde este mismo punto de vista de la vigilancia, un régimen particular parece aplicarse respecto de establecimientos medico-psicológicos en los cuales el paciente puede ser puesto en medio abierto, es decir, en el que el paciente tiene la posibilidad de salir libremente. En efecto, se ha fallado en tal hipótesis (se trataba de un caso en el cual un estudiante se había lanzado por la ventana de una pieza de un cuarto piso después de haber roto el dispositivo de seguridad) que el establecimiento no podía ser declarado responsable del deceso en la medida que, tratándose de un paciente con la posibilidad de salir libremente, la vigilancia a la que, a pesar de todo, estaba necesariamente sometido, sólo podía ser ejercida muy discretamente.

B – Responsabilidad de los médicos

La responsabilidad de los médicos en ejercicio libre que practican en establecimientos privados es personal (para los médicos asalariados, *supra*, A) y se ve comprometida en las condiciones que fueron examinadas anteriormente (*supra*, cap. I).

Por otro lado, los médicos son en ciertas circunstancias –hicimos ya alusión a ellas- responsables de las negligencias en que incurren los dependientes de la clínica

puestos a su disposición, y respecto a los cuales se vuelven, a ojos de la jurisprudencia, comitentes ocasionales. Es el caso: 1) cuando estos dependientes realizan un acto que, en aplicación de los textos vigentes, sólo puede ser ejecutado previa prescripción médica y bajo la vigilancia directa del médico, que puede intervenir en todo momento; 2) cuando estos mismos dependientes ejecutan un acto bajo la vigilancia efectivamente directa de un médico.

Por último, los médicos son responsables, para con la clínica y los pacientes, de las condiciones en las que se hacen reemplazar: un reemplazo efectuado de manera irregular es apto para comprometer su responsabilidad, fundada en la negligencia así cometida. Por cierto, hay que señalar que también incurre en culpa la clínica, en la medida que en el contrato que la une con el médico se reserva el derecho de aceptar o no al eventual reemplazante de aquél, asociándose así a aquella irregularidad, y su responsabilidad puede ser comprometida *in solidum* con la del médico.

Sección 2

Ejercicio en equipo o en un grupo médico

Existe gran diversidad en la naturaleza de los vínculos jurídicos que establecen entre sí los miembros del equipo o del grupo, por una parte, y entre los miembros del equipo o del grupo con el paciente, por otra.

Los miembros del equipo o del grupo pueden estar vinculados por un contrato (sociedad civil u otro) que se limite a poner en común algunos medios o estar obligados, de manera mucho más estrecha, por un contrato de ejercicio en común: del llamado “contrato de asociación” (a menudo difícil de distinguir de una sociedad de hecho, especialmente en caso de que exista comunidad de honorarios) a la sociedad civil profesional y a las sociedades de ejercicio libre de forma comercial, que se reputa jurídicamente que ejercen ellas mismas la medicina por la intermediación de sus miembros. Estas estructuras reflejan lo que se reúne bajo la denominación general de grupo médico. A la inversa, el vínculo puede ser bastante más débil y resultar, en el marco de un ejercicio en clínica, de un reglamento interno que organiza las prestaciones comunes o concomitantes; aquí nos referimos más bien a la noción de equipo. Además, en situaciones más complejas, varios equipos de especialidades

diferentes pueden ser llevados a colaborar en la ejecución de un mismo acto médico. La naturaleza del vínculo existente entre cada uno de los miembros de un equipo o de un grupo y el paciente, es también muy variado. En algunos casos, reconoceremos sin dificultad la existencia de una relación contractual: por ejemplo, el cirujano, jefe de un equipo quirúrgico o médico de un grupo médico, con su propio paciente. En otros casos, a la inversa, es bastante difícil, incluso imposible, admitir la existencia de un contrato, salvo que procedamos a análisis jurídicos en realidad bastante artificiales en los casos considerados (estipulación a favor de otro, mandato); por ejemplo, así ocurre con la intervención de un hematólogo o de un radiólogo durante una intervención, o con el eventual examen de anatomía patológica de un instrumento quirúrgico. En situación intermedia colocaremos a los anestesiistas: en principio, y en la práctica de manera bastante general, podemos considerar que el examen previo a la intervención al cual se entrega el anestesiista hace nacer un contrato cuando el paciente se somete con conocimiento de causa a ese examen; pero en ausencia de éste o bien en caso de intervención de un equipo de anestesiistas reanimadores, en el cual el que procede a la anestesia o a la reanimación y a la observación post-operatoria no es necesariamente el que procedió al examen previo, para algunos la situación es necesariamente de naturaleza extra-contractual. Existen entonces, especialmente en el seno de los equipos, situaciones jurídicas muy variadas, lo que no deja de influir en las soluciones aceptadas.

Hay que agregar que en el seno de los equipos se plantea un problema de naturaleza particular: el de saber si el jefe del equipo, por su calidad, tiene una responsabilidad específica.

Esto conduce a examinar sucesivamente la responsabilidad en el seno del equipo (I), y después la responsabilidad de las sociedades de ejercicio (II).

I – Responsabilidad en el seno del equipo

En el seno de un equipo, y a pesar de la constitución de estos, obviamente cada médico es responsable de las negligencias que pueda personalmente cometer; responsabilidad que, según las circunstancias, es de naturaleza contractual o extra-contractual. Evidentemente, esta responsabilidad se aprecia bajo las condiciones

anteriormente examinadas (*supra*, cap. I, sección 2); venido el caso, compromete *in solidum* a los miembros del equipo cuyo hecho dañoso está en el origen del daño.

Sin embargo, queda por precisar la situación del jefe del equipo, visto en esa calidad; y a este respecto la jurisprudencia – que distingue dos situaciones: aquella en la cual sólo el jefe del equipo contrató con el paciente (A), y aquella en la cual tanto el jefe del equipo como el miembro del equipo (cuyo hecho dañoso está en el origen del daño) contrataron con el paciente (B) – estableció además un deber general de vigilancia (C) a cargo del jefe del equipo.

A – Contrato único: el del jefe del equipo

La hipótesis concierne el caso en que sólo el cirujano celebró un contrato con el enfermo, con exclusión del miembro del equipo cuyo hecho dañoso, hipotéticamente, causó el daño sufrido por el paciente.

En tal hipótesis la jurisprudencia decide que el jefe del equipo responde por las negligencias que comete el miembro del equipo, considerado como su ayudante o su sustituto. Para retomar los términos empleados en los fallos, el jefe del equipo responde por “la persona que lo sustituyó en la ejecución de una parte inseparable de su obligación, al margen de cualquier consentimiento del paciente”. Se hace pura y simplemente aplicación, en este ámbito particular de la responsabilidad médica, de un principio general de responsabilidad contractual por el hecho ajeno.

Sin embargo, obviamente el médico miembro del equipo que incurrió en culpa no se ve liberado de su responsabilidad personal; se mantiene responsable de las consecuencias de su negligencia, pero con fundamento extracontractual.

Se deduce de esto que la víctima puede ejercer una opción: puede ejercer su acción contra el médico jefe o contra uno de los miembros del equipo y, venido el caso, contra los dos y en este caso habrá una condena *in solidum*.

B – Pluralidad de contratos: los del jefe y del miembro del equipo

En esta hipótesis no sólo el jefe del equipo celebró un contrato con el paciente sino que igualmente el miembro del equipo cuyo hecho dañoso está en el origen del daño.

Por supuesto que aquí se descarta la responsabilidad por el hecho ajeno: cada uno se encuentra obligado con el paciente por un contrato distinto y específico que define sus propias obligaciones; en consecuencia, cada uno sólo responde de las culpas en las que personalmente incurrió. La jurisprudencia ha sido claramente fijada en este sentido.

Sin embargo, y es el aspecto complementario de esta solución, sobre el jefe del equipo no deja por esto de recaer un deber general de vigilancia, cuya violación es apta para comprometer su responsabilidad personal.

C – Deber general de vigilancia del jefe del equipo

En toda hipótesis, y cualquiera que sea la naturaleza contractual o extra-contractual de la relación establecida entre el paciente y los miembros del equipo -pero que aparece con mayor evidencia cuando el médico cuya culpa causó el daño había contratado con el paciente-, sobre el jefe del equipo recae, independientemente de las obligaciones inherentes al acto que realiza, un deber general de vigilancia de la intervención. Esto significa que, sin estar autorizado para intervenir en las decisiones técnicas que son de la exclusiva competencia de los diversos médicos miembros del equipo y de ámbitos en los cuales él es en general completamente incompetente, el jefe del equipo debe asegurarse de que los actos necesarios son realizados y que cada uno colabora en condiciones de diligencia normales para alcanzar los objetivos comunes del equipo. Se trata aquí de una obligación nacida directamente del contrato normalmente celebrado entre el paciente y el jefe del equipo (suponiendo que por excepción: supra, cap. I, sección 1, no hay contrato entre ellos, se trata de un deber inseparable del acto que ejecuta).

Esta obligación fue particularmente bien expuesta en un fallo de la Corte de Toulouse con fecha 24 de abril de 1973, dictado tras reenvío. En ese caso la paciente, por lo demás, una escritora conocida, debía someterse a una nefrectomía. La operación se había realizado, en el plano de la técnica quirúrgica, en excelentes condiciones. Sin embargo, al momento en que la paciente era enderezada sobre la mesa de operaciones para ser puesta sobre la camilla destinada a transportarla a su habitación, sufrió un desmayo y falleció. Los herederos se constituyeron en parte civil

del juicio, y se desprendió de la investigación y del informe pericial: 1) que la muerte se debió a una “interrupción de la bomba cardiaca” provocada por una disminución excesiva del volumen de la masa sanguínea, 2) que inimaginables negligencias habían sido cometidas por el anestesista: ninguno de los exámenes biológicos básicos habían sido realizados previo a la operación, particularmente no había sido determinado el grupo sanguíneo; en el transcurso de la operación no se procedió a ninguna evaluación sobre las pérdidas sanguíneas, siendo que esta intervención era relativamente hemorrágica y durante la operación a la enferma no se le había realizado ni una transfusión, ni tampoco una perfusión con la ayuda de plasma o de un líquido fisiológico. Obviamente, el anestesista fue condenado por cuasidelito de homicidio; pero el cirujano fue absuelto, habiendo considerado los primeros jueces que, en la medida que había ejecutado la operación en condiciones técnicas irreprochables, no podía imputársele culpa alguna. El fallo, sometido a la Corte de Casación por los herederos, fue casado en su parte civil, reprochándoles la Corte a los jueces del fondo el no haber examinado si el cirujano tenía la obligación de verificar las diligencias generales del anestesista. Entonces, fue tras reenvío cuando la Corte de Toulouse dio por establecida la responsabilidad del cirujano por los motivos siguientes: “considerando, en efecto, que la vigilancia del estado cardiovascular de la operada incumbe esencialmente al médico anestesista-reanimador; pero que la anestesia y la reanimación no constituyen un fin en sí, que concurren a un objetivo común al anestesista y al cirujano, esto es, a la ejecución correcta de la operación y a la sanación del enfermo; que son auxiliares respecto a la intervención curativa, y que la conducta y la organización general de la operación pertenecen al cirujano, quien fija la duración de ésta y la dosis que se le suministra al paciente en función de las necesidades operatorias; que debe existir entre ellos una íntima colaboración, tomando el cirujano las decisiones a las cuales el anestesista debe constantemente adaptarse, lo que sólo puede hacer por instrucciones del cirujano; considerando que, en este caso, el cirujano, al tomar la decisión de operar a pesar del deficiente estado de la paciente -el que efectivamente permitía la intervención, pero que necesitaba de precauciones particulares-, tenía el deber imperioso de asegurarse desde antes del inicio del acto operatorio que el anestesista-reanimador conocía ese estado y había tomado sus precauciones en lo que concierne especialmente a la reanimación post-

operatoria; que habiendo constatado en el transcurso de la operación que esta sería más larga de lo previsto, tenía igualmente el deber, aun cuando el estado cardiovascular de la enferma no parecía inquietante, de pedirle a su anestesista la instalación de una perfusión destinada a compensar la pérdida de volumen sanguíneo que, por lo demás, subestimó.”

Estos principios fueron recordados por la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación en un fallo con fecha 30 de mayo de 1986, refiriéndose a otro asunto, y en esa ocasión la Asamblea Plenaria precisó además que con posterioridad a la operación el cirujano debe verificar si la vigilancia post-operatoria se está prestando en buenas condiciones (en este caso, se había retirado de la clínica al mismo tiempo que el anestesista, sin proceder a esta verificación).

Esta jurisprudencia debe ser aprobada, pero hay que comprender bien su alcance. De ninguna manera tiene por objetivo imponer o permitir al cirujano (al jefe del equipo médico) inmiscuirse en la puesta en práctica de las técnicas de la anestesia y de la reanimación, ámbitos en los cuales es en general totalmente incompetente; tiene por objetivo imponer al cirujano el deber de asegurarse que todas las precauciones y las decisiones necesarias son permanentemente tomadas.

II – Responsabilidad en el seno de las sociedades de ejercicio

Las reglas relativas a las sociedades profesionales (L. 29 nov. 1966 y para los médicos, D. 14 junio 1977) y a las sociedades de ejercicio libre de forma comercial (L. 31 dic. 1990 y para los médicos, D. 3 agosto 1994) son aptas para modificar profundamente la puesta en práctica, y puede que incluso la repartición de la responsabilidad en el seno del grupo así constituido.

De manera general, está establecido que a cada profesional le es personal la responsabilidad por los actos profesionales que realiza (D. 14 junio 1977, art. 1) y que cada socio responde con todo su patrimonio por los actos profesionales que realiza (L. 29 nov. 1966, art. 16; L. 31 dic. 1990, art. 16).

Pero, por una parte, se reputa que estas sociedades ejercen por sí mismas la profesión, lo que permite, sin ninguna duda, poner en juego su responsabilidad por los actos que son ejecutados en su nombre por los socios; por otra parte, son

expresamente declaradas solidariamente responsables, junto a cada uno de los socios, por las consecuencias de los actos que realizan (ibid).

En el marco de las sociedades de ejercicio libre de forma comercial, es de prever que la acción de responsabilidad que podría ser ejercida en razón de actos realizados por los asalariados, socios o no, lo será en contra de la sociedad; y que en estas condiciones las disposiciones del artículo L. 121- 12 del Código de Seguros, que descartan que el asegurador pueda accionar contra los dependientes del asegurado, salvo en caso de dolo cometido por estos, se opondrán al ejercicio de una acción de dicho asegurador en contra del autor de la negligencia.

Por último, hay que señalar que las sociedades civiles profesionales ya estaban obligadas a contraer un seguro obligatorio antes que fueran introducidas las disposiciones de la ley del 4 de marzo de 2002, que imponen, salvo excepciones, este seguro a los profesionales de la salud en ejercicio libre y a los establecimientos de salud (v. *infra*).

Leer también

-Paire C., Dupont M., Esper C., Muzzin L., Droit hospitalier, Dalloz, 1999

-Penneau J., nota sobre la asamblea plenaria 30 de mayo 1986, D. 1987, 109

-Encyclopédie Dalloz “Responsabilité de la puissance publique”, v. “Hôpitaux”, “Responsabilité des services hospitaliers”, por Truchet.

CAPÍTULO III

Reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios a título de la solidaridad nacional.

El artículo L. 1142-1, II del Código de Salud Pública (L. 4 de marzo de 2002) dispone que dan derecho a reparación, a título de la solidaridad nacional, los perjuicios que: 1) no comprometen la responsabilidad de un profesional, de un establecimiento, servicio u organismo de salud (sobre los principios generadores de responsabilidad civil, *supra*, cap. I); 2) son directamente imputables a un acto de prevención, de diagnóstico o de cuidado; 3) tuvieron para el paciente consecuencias anormales en vista tanto de su estado de salud como de la evolución previsible de este; 4) presentan un carácter de gravedad, fijado por decreto, apreciado con respecto a la pérdida de capacidades funcionales y a las consecuencias en la vida privada y profesional, medidas que toman especialmente en consideración la tasa de incapacidad permanente o la duración de la incapacidad temporal de trabajo. La tasa de incapacidad permanente fue fijada, por el decreto previsto por la ley, en un porcentaje de 24 % - siendo que la ley fija el máximo de este porcentaje en un 25% -, evaluado según un baremo que figura en el anexo 11- 2 del Código de Salud Pública.

Además, corresponde la reparación a título de la solidaridad nacional, en los términos del artículo L. 1142-1-1 del Código de Salud Pública (L. 30 de diciembre de 2002): 1) en los daños que derivan de infecciones intrahospitalarias en los establecimientos, servicios u organismos de salud que correspondan a una tasa de incapacidad permanente superior a 25%, determinada en referencia al baremo anteriormente mencionado, así como los fallecimientos provocados por una infección intrahospitalaria; 2) en los daños que derivan de la intervención, en caso de circunstancias excepcionales, de un profesional, de un establecimiento, servicio u organismo de salud, realizada fuera de su actividad de prevención, de diagnóstico o de cuidado. Hay que agregar, en lo concerniente a las infecciones intrahospitalarias, que cuando los establecimientos de salud demuestran la existencia de una causa extraña en el origen de la infección, son exonerados de su responsabilidad y la indemnización del daño es procurado a título de la solidaridad nacional, sin condición de gravedad.

Corresponde entonces reparar a título de la solidaridad nacional, con reserva del carácter de gravedad exigido por la ley: 1) los accidentes médicos, que pueden ser definidos como toda consecuencia desfavorable de un acto médico, independiente de toda culpa, cuando el estado del paciente y las circunstancias patológicas no hacían normalmente previsible estas consecuencias; 2) las afecciones iatrógenas, que pueden ser definidas como los daños que derivan del tratamiento puesto en práctica, independiente de toda culpa en la elección o administración de este o de todo defecto del producto de salud utilizado; 3) las infecciones intrahospitalarias, definidas como las infecciones aparecidas con posterioridad a una hospitalización, siendo que estas no existían al momento de la ejecución del acto generador o de la admisión en el establecimiento de salud, ya sea cuando no corresponden a ningún principio de responsabilidad (culpa o responsabilidad de pleno derecho) como cuando sobrepasan cierta gravedad, o cuando ocasionaron el fallecimiento de la víctima.

Además, en lo concerniente a la indemnización a título de la solidaridad nacional, hay que señalar que las obligaciones de la asociación France-Hypophyse²² que derivan del rol de esta en la organización del tratamiento de pacientes con la hormona de crecimiento extractiva, fueron transferidas a la Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos por la ley de 31 de diciembre de 2002.

Por último, hay que precisar que el artículo L. 1142-3 del Código de Salud Pública excluye del campo de aplicación de las disposiciones examinadas los daños que derivan de la puesta en práctica de una investigación biomédica, bajo reserva de una distinción entre las investigaciones sin beneficio individual directo y las investigaciones con beneficio individual directo. Las investigaciones sin beneficio individual directo, que involucran la responsabilidad del promotor de la investigación sin posibilidad de exoneración, están totalmente excluidas del campo de aplicación de la reparación a título de la solidaridad nacional. Las investigaciones con beneficio individual directo entran en su campo de aplicación cuando la responsabilidad del promotor no está comprometida, es decir, cuando el promotor prueba que el daño no es imputable a su culpa o a la de cualquier coadyuvante.

²² N. del T: Asociación creada en Francia en 1971, encargada de producir y distribuir un medicamento hormonal destinado a combatir distintos grados de enanismos. En los años noventa la asociación se vio envuelta en un escándalo tras la muerte de más de 110 niños que habían sido sometidos al tratamiento.

Leer también

-Esper C., "La nouvelle réparation des conséquences des risques sanitaires", Médecine et droit, 2002, p. 3

-Jourdain P., Laude A., Penneau J. y Porchy-Simon S., Le nouveau droit des malades, col. "Carré droit", Litec 2002

-Lambert-Faivre Y., "L'indemnisation des accidents médicaux" D. 2002, chron. 1367

CAPÍTULO IV

Puesta en práctica de la responsabilidad médica y de la reparación a título de la solidaridad nacional

La puesta en práctica de la responsabilidad médica está subordinada a ciertas condiciones generales (sección 1) en las que los problemas de prueba (sección 2) ocupan un lugar importante. Por otra parte, la ley del 2 de marzo de 2002 estableció un procedimiento especial de mediación destinado a facilitar la solución de litigios que corresponden tanto a la responsabilidad médica como a la reparación a título de la solidaridad nacional (sección 3).

Sección 1

Condiciones generales

Conciernen: al carácter personal de la responsabilidad del médico (I), al seguro de responsabilidad (II), a la competencia (III) y a la prescripción (IV).

I – Responsabilidad personal

La responsabilidad civil del médico es una responsabilidad personal, que involucra directamente al médico y recae, en principio, en el patrimonio de éste (salvo intervención del seguro de responsabilidad, *infra* II). Sin embargo, existe una excepción a este principio: concierne a la responsabilidad del médico que ejerce en el sector público (*supra*, cap. II, sección 1, I).

Existen también atenuaciones a este principio pero que, a este título, no hacen desaparecer completamente la responsabilidad personal del médico. En primer lugar, se trata de la responsabilidad que deriva de accidentes de vacunación en caso de vacunación obligatoria; a este respecto el artículo L. 3111- 9 del Código de Salud Pública dispone: “Sin perjuicio de las acciones que podrían ser ejercidas conforme al derecho común, la reparación de todo daño directamente imputable a una vacunación obligatoria... es soportada por el Estado”, que puede ejercer una acción subrogatoria; vemos entonces que por la reserva, hecha por el texto, de las acciones que podrían ser

ejercidas conforme al derecho común y de la posibilidad del Estado de ejercer una acción subrogatoria, la responsabilidad personal del médico está lejos de ser excluida; sólo se trata de una facilidad otorgada a la víctima. En segundo lugar, en materia de investigación biomédica, resulta del artículo L. 1121-7 del Código de Salud Pública que “el promotor asume la indemnización de las consecuencias dañosas de la investigación en la persona que se presta a ella”; sin embargo, la responsabilidad del investigador no está en ningún caso suprimida, y si la víctima le encuentra interés, puede comprometer la responsabilidad de éste.

II – Seguro de responsabilidad

Antes de la ley del 4 de marzo de 2002, en principio el seguro de responsabilidad era facultativo en el ámbito médico, con reserva de limitadas excepciones. Así, la legislación aplicable a las sociedades civiles profesionales impone, lo vimos (*supra*, cap. II, sección 2, II), ya sea a la sociedad, ya sea a los médicos, contraer un seguro de responsabilidad profesional. En el ámbito de las investigaciones biomédicas, el artículo L. 1121-7 inciso 3° del Código de Salud Pública impone al promotor suscribir un seguro que garantice su responsabilidad civil, así como la de todo coadyuvante; se precisa que se trata de una disposición de orden público y la violación de esta obligación está sancionada penalmente (C. de Salud Pública, art. L. 1126-6). Por último, los establecimientos de transfusión sanguínea deben contraer un seguro que cubra los riesgos de los que asumen, aún sin culpa, la responsabilidad en que incurren los donantes, producto de las operaciones de extracción (C. de Salud Pública, art. L. 1222-9, inc. 2°).

A partir de ahora, se desprende de las disposiciones del artículo L. 1142-2, inciso 1° del Código de Salud Pública que los profesionales de salud en ejercicio libre y los establecimientos de salud deben suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional. Sin embargo, una excepción a esta obligación de seguro puede ser concedida, por decreto del ministro de salud, a los establecimientos públicos de salud que dispongan de recursos financieros que les permitan indemnizar los daños en condiciones equivalentes a aquellas que resultarían de un contrato de seguros (C. de

Salud Pública, art. 1142-2, inc. 2°); es la situación de los hospitales de la asistencia pública en París.

IV – Competencia

En todo lo concerniente al ejercicio en el sector privado (en lo concerniente al sector público, v. *supra*, cap. II, sección 1, I, A), las acciones de responsabilidad son competencia de los tribunales ordinarios y, más específicamente para la responsabilidad civil, de los tribunales civiles. Sin embargo, los tribunales penales son igualmente competentes para resolver respecto a la acción civil, en la medida que el daño resulte de una infracción penal (C. de Procedimiento Penal, art. 3); vimos anteriormente que esta es la razón por la cual los tribunales penales no relacionan este daño a la violación de una obligación contractual, cuando existe un contrato entre el médico y el paciente, sino que directamente con la infracción que deriva del atentado hecho por culpa del médico a la integridad corporal o a la vida del paciente.

Sin embargo, hace falta señalar que en materia de investigaciones biomédicas el legislador unificó los procesos judiciales propios de las acciones indemnizatorias por los daños que eventualmente hayan sufrido las personas que se prestan a estas investigaciones: los tribunales ordinarios (tribunal de gran instancia) son siempre competentes para resolver respecto a esta acción, incluso si el daño sobreviene en el ámbito hospitalario público (C. de Salud Pública, art. L. 1126-7).

III – Prescripción

La prescripción civil fue unificada por la ley del 4 de marzo de 2002. El artículo L. 1142-28 de Código de Salud Pública dispone que las acciones que buscan comprometer la responsabilidad de los profesionales de la salud o de los establecimientos de salud públicos o privados con motivo de actos de prevención, diagnóstico o cuidado prescriben en diez años contados desde la consolidación del daño. Por cierto, la elección de la fecha de inicio de la prescripción –la consolidación del daño- no deja de plantear problemas técnicos y grandes incertidumbres. Por otra parte, fue precisado que estas disposiciones eran inmediatamente aplicables, en la medida que son favorables a las víctimas o a sus causahabientes, incluso en los

procesos en curso que no hayan dado lugar a un fallo irrevocable (L. n° 2002-303 del 4 de marzo de 2002, art. 101, inc. 2°).

Hay que señalar que de estas disposiciones derivan: por una parte, una disminución del plazo de prescripción ante los tribunales civiles, siendo de treinta años el plazo anterior en la medida que la acción fuera de naturaleza contractual (el caso más frecuente) y, por otra parte, un aumento ante los tribunales administrativos, siendo el plazo anteriormente aplicable el que resulta de la caducidad cuadrienal.

Ante los tribunales penales son aplicables las disposiciones del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la acción civil no puede ser interpuesta ante los tribunales penales después de la expiración del plazo de prescripción de la acción pública (un año, tres años, diez años, según se trate de una falta, de un delito o de un crimen). Sin embargo, la expiración de este plazo no es obstáculo para que la acción, incluso cuando tenga naturaleza extra-contractual, pueda ser ejercida ante los tribunales civiles en el plazo de prescripción indicado más arriba.

Sección 2

Problemas de prueba

Hay que aquí examinar la prueba de la información y del consentimiento (I), la prueba de la culpa técnica (II) o de la relación causal (III).

I – Prueba de la información y del consentimiento

El artículo L. 1111-2, inciso 7° del Código de Salud Pública, introducido por la ley del 4 de marzo de 2002, dispone que en caso de litigio corresponde al profesional o al establecimiento de salud aportar la prueba de que la información le fue entregada al interesado en las condiciones previstas por la ley, y que esta prueba puede ser aportada por cualquier medio.

Estas disposiciones confirman las soluciones dadas: por una parte, por el fallo de la primera sala civil de la Corte de Casación, con fecha 25 de febrero de 1997, el cual –rompiendo con una jurisprudencia constante desde un fallo del 29 de mayo de 1951, que ponía a cargo del paciente la prueba de la falta de información- decidió que

corresponde al médico, como a toda persona sujeta legal o contractualmente a una obligación de información particular, aportar la prueba de la ejecución de esta obligación; por otra parte, por el fallo de la misma sala, con fecha 14 de octubre de 1997, que había precisado que la prueba de la ejecución de su obligación podía ser hecha por el médico por todos los medios, y particularmente por presunciones.

Sin embargo, hace falta recordar que, desde antes de la introducción en el Código de Salud Pública del artículo L. 1111-2, inciso 7°, en cierto número de hipótesis el médico estaba obligado por ley a aportar la prueba de que había entregado la información exigida, y obtenido el consentimiento del paciente, en la medida que una y/u el otro deben ser formalizados por escrito. En lo concerniente a la extracción de un órgano de un paciente vivo, el artículo L. 1231-1, inciso 3° del Código de Salud Pública dispone que el consentimiento debe ser otorgado ante el presidente del tribunal de gran instancia o el magistrado designado por este (pero en caso de urgencia el consentimiento puede ser obtenido, por cualquier medio, ante el fiscal). En lo concerniente a las investigaciones biomédicas, el artículo L. 1122-1 del Código de Salud Pública dispone que las informaciones comunicadas deben ser resumidas en un documento escrito entregado a la persona cuyo consentimiento es solicitado, y que este mismo consentimiento debe ser otorgado por escrito o, en caso de imposibilidad, atestiguado por un tercero totalmente independiente del investigador o del promotor. De la misma forma, en caso de modificación de las características de la sangre del donante antes de la extracción (C. de Salud Pública, art. L. 1221-6, inc. 2°), el donante debe ser advertido por escrito de los riesgos que corre y debe dar su consentimiento por escrito. Cuando excepcionalmente puede tener lugar la extracción de sangre o de sus componentes en un menor, se está subordinado a la obtención del consentimiento escrito de cada uno de los titulares de la autoridad parental (C. de Salud Pública, art. L. 1221-5, inc. 3°). La asistencia médica a la procreación con un tercero donante está subordinada a la obtención del consentimiento de los cónyuges o concubinos por el presidente del tribunal de gran instancia o un notario (C. Civ., art. 311-20, inc. 2°). La concepción de un embrión *in vitro*, así como la eventual recepción de un embrión por otra pareja da lugar a la expresión escrita del consentimiento de los interesados (C. de Salud Pública, art. L. 2141-3 al L.2141-5), la donación de gametos debe ser precedida del consentimiento escrito del donante, y el consentimiento de los dos miembros de la

pareja receptora debe también ser otorgado por escrito (C. de Salud Pública, art. L. 1244-2), el diagnóstico prenatal *in vitro*, cuando excepcionalmente puede ser practicado, está subordinado a la obtención previa del consentimiento escrito de los dos miembros de la pareja (C. de Salud Pública, art. L. 2131-4). Por último, cuando después del plazo y de las consultas previstas por la ley, la mujer reitera su demanda de aborto invocando un estado de desamparo, debe entregar al médico una confirmación escrita de su decisión (C. de Salud Pública, art. L. 2212-5), no siendo aplicable esta disposición al aborto practicado por motivo médico.

II – Prueba de la culpa técnica

En la medida en que el médico es deudor de una obligación y, más generalmente, de un deber de medios, le corresponde al paciente, acreedor de esta obligación, aportar la prueba de la inejecución de esta obligación o de este deber, y por tanto aportar la prueba de la culpa del médico e igualmente la de la relación causal entre esta culpa y el perjuicio alegado. Este principio es constantemente recordado por la jurisprudencia y la Corte de Casación vela por su respeto. Sin embargo, en ciertas circunstancias, mediante diversos artificios, el juez se libera de esta regla.

En lo concerniente a la culpa, el juez a veces admite que la prueba puede ser aportada por presunciones. En efecto, se desprende del artículo 1353 del Código Civil²³ que el juez puede fundar su fallo en presunciones de hecho, pero esta posibilidad sólo se otorga cuando se trata de presunciones graves, precisas y concordantes. Ahora bien, la jurisprudencia contemporánea muestra que en el ámbito de la responsabilidad médica el juez a veces se contenta con presunciones bastante más ligeras e imprecisas; y que a veces funda su condena en una “culpa virtual” (en vista de las circunstancias, considera que no es posible que una negligencia no haya sido cometida: no funda su fallo en una presunción, es decir de un hecho conocido que sacamos como consecuencia de un hecho desconocido, sino que en un razonamiento *a contrario*: si ninguna negligencia hubiese sido cometida, ningún daño habría aparecido, entonces la constatación de un daño hace presumir que una negligencia fue

²³ N. del T: Equivalente, en la parte a que se hace referencia en el texto, al artículo 1712 de nuestro Código Civil.

cometida); noción cuyo uso, no obstante, fue prohibido en su momento por la Corte de Casación en el ámbito donde tiene su origen, el de los accidentes de la circulación. Podemos citar algunos ejemplos de este proceder, ejemplos que aparecen repartidos en los treinta o treinta y cinco últimos años, siendo que la prohibición de recurrir a esta noción, en el ámbito de los accidentes de la circulación, data de 1968. Así ocurre cuando la Corte de Casación admite que los jueces del fondo pudieron deducir “de los trastornos constatados, de su localización en el miembro superior, del tiempo en que aparecieron, de su reabsorción en una medida considerable, de los riesgos de trastornos de este tipo en caso de intervención quirúrgica... un conjunto de presunciones graves, precisas y concordantes que permiten afirmar que la parálisis se debía a una insuficiencia en las precauciones en el transcurso de la intervención”; ahora bien, las presunciones en este caso sólo permitían, evidentemente, afirmar la relación de causalidad entre la intervención y el daño, pero de ninguna manera la falta de diligencia del anestesista (se trataba de la parálisis del plexo bronquial por compresión o estiramiento durante la intervención, y es bien sabido que en ciertas circunstancias se trata de una complicación imparable cualquiera sean las precauciones tomadas por el anestesista; de allí la necesidad de probar positivamente, contrariamente a lo que se hizo en este caso, la culpa de éste). Culpa virtual también cuando después que los peritos informaron como causa del daño (se trataba de una radiodermatitis) el aflojamiento del tornillo de la portezuela de obturación como consecuencia de vibraciones del aparato (lo que presentaban como la hipótesis más probable), la Corte de Casación aprobó a los jueces del fondo por haber afirmado que el radiólogo había incurrido necesariamente en culpa, ya sea no cerrando suficientemente la portezuela como no sujetándola bien, o no habiendo tenido cuidado en el juego que podía tener. Nuevamente de manera caricatural, cuando la Corte de Casación afirma que la intervención no habría dejado de tener éxito si hubiese sido realizada de acuerdo a los principios que ella anuncia (se trataba de una arteriografía): a saber, que la aguja haya efectivamente entrado en la carótida y la inyección introducida rápidamente y con fuerza, lo que demuestra más tautología que argumentación jurídica. Igualmente, cuando después de una punción articular sobreviene una artritis supurada, a los jueces del fondo se les aprueba haber admitido, por la sola constatación de la infección, que esta no había sido posible sino por la

ineficacia de la asepsia cutánea previa a la inyección practicada en la articulación; es en tales condiciones que la Corte de Casación falla que “la Corte de apelaciones que soberanamente dedujo de las circunstancias en que sobrevino la infección, que la asepsia previa no pudo haber sido practicada de manera correcta, logró, sin invertir la carga de la prueba, caracterizar la culpa en que incurrió (el médico)”. Por último, ocurre lo mismo cuando en presencia de una torpeza la Corte de Casación considera que la responsabilidad del cirujano sólo podría ser desechada si podía demostrar que el daño era para él inevitable en razón de una anomalía anatómica del órgano lesionado (Cas. 1ª civ.- 23 de mayo de 2000, dos fallos).

III – Prueba de la relación de causalidad

En lo concerniente a la prueba de la causalidad, la jurisprudencia relativa a la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir (*supra*, cap. I, sección 2, III, B) introduce un evidente relativismo en la carga de la prueba, puesto que termina por crear una suerte de presunción de causalidad, incluso de causalidad virtual: no es posible que la culpa constatada no haya jugado un rol causal en la aparición del daño; presunción de causalidad que el médico sólo puede destruir aportando la prueba de que una causa extraña a su actividad es la única causa del daño.

Es importante señalar que en todos estos puntos, culpa y causalidad (como también para el perjuicio), un peritaje es a menudo, si no siempre, necesario. Su necesidad es evidente puesto que el juez no es un técnico; pero es un proceder ambiguo y, en muchos sentidos, extremadamente delicado.

Proceder ambiguo en razón a la regla legal según la cual el juez no está obligado a seguir las constataciones o las conclusiones del perito; sin embargo, por ambiguo que sea, la lógica de la regla es evidente: el juez debe situar el peritaje en el contexto general del asunto que conoce y, desde este punto de vista, no es para él más que un elemento de apreciación entre otros; de ahí que no esté obligado por este peritaje si su convicción se opone a ello.

Proceder delicado en razón a un cierto número de dificultades que no son siempre superadas por el perito. El perito debe atenerse estrictamente al aspecto técnico de la misión que le es confiada y los textos le prohíben formalmente realizar

cualquier apreciación jurídica, particularmente en lo que concierne a la culpa, el perito debe decir cuál debió haber sido el comportamiento del médico, cuál fue el comportamiento efectivamente seguido, cuáles son sus diferencias, si existen, y cuáles son las razones técnicas. En realidad, ya sea a veces debido a una formulación insuficientemente precisa de la misión del perito por parte del juez, como en otras circunstancias, en razón a una propensión del perito a adentrarse en el terreno del derecho, es frecuente que este realice una apreciación jurídica que escapa a su misión y a su competencia y, particularmente, se pronuncie sobre la existencia de culpa o sobre la calificación de esta. Incluso si el perito se atiene al aspecto técnico y respeta el marco jurídico de la misión que le es confiada, subsisten un gran número de dificultades que no son siempre sobrellevadas por los peritos. En primer lugar, el perito se ve confrontado a la labilidad de las técnicas: en cierto momento, las opiniones divergentes de escuelas y de autores diferentes requieren de un método riguroso y gran objetividad de parte de él; en segundo lugar, y esta observación prolonga la anterior, el perito no debe privilegiar el aspecto técnico de la cuestión que examina: se le pide decir lo que se hace en la práctica en una situación dada y no lo que podría o habría podido hacerse en teoría; aun más, y en esta misma perspectiva, incluso ateniéndose al aspecto práctico de la cuestión, el perito debe decir aun más precisamente lo que se hace en la práctica en las situaciones determinadas que eran las del caso en cuestión; desde este punto de vista, es forzoso reconocer que el perito cuya carrera se desarrolló completamente en el medio hospitalario de una universidad tiene un conocimiento muy incompleto, por no decir ninguno, de las condiciones de ejercicio de la medicina de ciudad²⁴, y del particularismo que esta conlleva; a este respecto, es deseable, como lo recomendaba en su momento la Comisión Mac Aleese, nombrar varios peritos, ejerciendo al menos uno de ellos en la especialidad considerada y en el campo de ejercicio del presunto autor del daño; por último, no hay que perder de vista, y la recomendación se dirige tanto al perito que va a redactar el informe como al juez que apreciará su alcance, que es siempre más fácil decir *a posteriori* y en la tranquilidad del despacho lo que debió haberse hecho, que decidir en

²⁴ N. del T: La medicina de ciudad no hace referencia sólo a los médicos que ejercen en la ciudad. Designa al conjunto de médicos generalistas y especialistas que ejercen en consultas privadas. La medicina de ciudad se refiere entonces al sector de ejercicio y de esta forma se opone a la medicina hospitalaria.

el instante, a veces en lo inmediato, lo que debe hacerse en ese preciso momento. Obstáculos temibles que el perito debe superar, y peligrosas trampas que debe desbaratar; es lo que explica la dificultad que tienen ciertos peritos, por su preocupación por evitarlos, para entregar conclusiones claras y precisas. Ahora bien, en este caso, el informe da una lamentable impresión de solidaridad profesional y obviamente pierde su credibilidad (respecto a los peritos en accidentes médicos en el marco del procedimiento de indemnización de accidentes médicos, *infra*, sección 3, II).

Sección 3

Mediación de los litigios

La ley del 4 de marzo de 2002 estableció un procedimiento, llamado de mediación, para los daños que deriven de accidentes médicos, de afecciones iatrógenas o de infecciones intrahospitalarias. Este procedimiento (III) para lograr la indemnización de las víctimas requiere de órganos específicos (I), así como de un nuevo cuerpo de peritos, los peritos en accidentes médicos (II).

I – Órganos

Los órganos específicos establecidos en el marco del procedimiento de mediación son: las comisiones regionales de conciliación e indemnización (A), la comisión nacional de accidentes médicos (B), y la Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos (C).

A – Comisiones regionales

Las comisiones regionales o interregionales de conciliación e indemnización (C. de Salud Pública, art L. 1142-5 y ss., y R. 1142-5 y ss.) son el engranaje esencial del procedimiento, puesto que son ellas las que, además de su misión de conciliación, tienen por misión emitir un dictamen que servirá de base a la oferta transaccional que supuestamente debe conducir a la indemnización del daño. Presididas por un juez administrativo o un magistrado de la justicia ordinaria, tienen una composición compleja que comprende representantes de los usuarios, representantes de los

profesionales de la salud (del sector en ejercicio libre y del privado), representantes de las instituciones y establecimientos públicos y privados de salud, dos representantes de la Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos, representantes de empresas regidas por el Código de Seguros, y personalidades calificadas en el ámbito de la reparación de perjuicios corporales (C. de Salud Pública, art. L. 1142-6 y R. 1142-6). Podemos dudar de que la composición de estas comisiones -que dan gran lugar a la representación de intereses categoriales a menudo divergentes, en las cuales, por lo demás, los juristas son muy minoritarios- sea la adecuada para resolver las cuestiones jurídicas extremadamente complejas y delicadas que les son planteadas, cuestiones que exigen, para ser convenientemente resueltas, un conocimiento exacto de la técnica jurídica y una gran imparcialidad (especialmente pronunciarse sobre la causalidad del daño, la naturaleza de este, el régimen de indemnización aplicable y la apreciación de las responsabilidades existentes).

B – Comisión nacional de accidentes médicos

La comisión nacional de accidentes médicos (C. de Salud Pública, art. L. 1142-10 y R. 1142-24 y ss.) es presidida por un miembro del Consejo de Estado o un magistrado de la justicia administrativa u ordinaria. Ésta también comprende representantes de los usuarios, pero por otro lado, esencialmente peritos profesionales, personalidades escogidas en razón a sus conocimientos en el ámbito del derecho de la reparación de accidentes médicos o de la responsabilidad médica o en la enseñanza en materia de peritajes, uno de ellos representante del Consejo Nacional de la Orden Nacional de Médicos, y personalidades escogidas en razón a sus conocimientos científicos. Por otra parte, la comisión es asistida por un comisario del gobierno²⁵ que asiste a todas las reuniones con derecho a voz. Así, está claro que la composición de la comisión nacional está mejor adaptada a sus misiones que las comisiones regionales. En efecto, la comisión nacional de accidentes médicos está

²⁵ N. del T: En la versión en vigor del art. R. 1142-24 del Código de la Salud Pública, se utiliza la voz “ *commissaire du gouvernement*”, pero esta versión es la fijada por un decreto de 2006 y no ha tenido en cuenta la modificación a que se ha hecho referencia en la nota 19 a propósito del cambio de denominación de “*commissaire du gouvernement*” a “*rapporteur public*” Pero en este caso, este comisario actúa como representante y no como relator, por lo cual se ha optado por mantener su denominación como “comisario del gobierno” en el texto.

encargada de dos categorías de misiones: unas conciernen al establecimiento y la gestión de la lista nacional de peritos en accidentes médicos, recientemente creada, y la evaluación de las condiciones de realización de los peritajes encargados por las comisiones regionales (C. de Salud Pública, art. R. 1142-30 y ss.); otras tienen por objetivo asegurar una aplicación homogénea del dispositivo de reparación de riesgos sanitarios y de evaluar el dispositivo en su conjunto (C. de Salud Pública, art. R. 1142-38 y ss.). Se puede temer que la homogeneidad deseada no sea alcanzable, o sólo lo sea difícilmente, en la medida en que la comisión sólo dispone de un poder de recomendación que se ejerce por medio de propuestas dirigidas al ministro de justicia o al ministro de salud, así como a las comisiones regionales, y por medio de un informe anual destinado al gobierno y al parlamento.

C – Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos

La oficina nacional de indemnización de accidentes médicos, de afecciones iatrógenas y de infecciones intrahospitalarias es un organismo público con carácter administrativo del Estado, puesto bajo la tutela del ministro de salud. Está compuesta por un consejo de administración que comprende, además de su presidente, nombrado por decreto a partir de una propuesta del ministro de salud, once miembros que representan al Estado, nueve miembros nombrados por decreto del ministro de salud, dos representantes del personal de la oficina y un director nombrado por decreto a partir de una propuesta del ministro de salud (C. de Salud Pública, art. L. 1142-22 y R. 1142-42 y ss.). Está encargada de la indemnización de los daños que corresponde reparar a título de la solidaridad nacional (*v. supra*, cap III, e *infra*, III, A, 3); igualmente, interviene en caso de carencia del asegurador, con posterioridad al dictamen emitido por la comisión regional que pone la indemnización del daño a cargo de aquél. La oficina también está encargada de la indemnización de las víctimas de las investigaciones médicas con beneficio individual directo cuando la responsabilidad del promotor no está comprometida (C. de Salud Pública, art. L. 1142-3). Por último, interviene para indemnizar los daños imputables a una vacunación obligatoria (C. de Salud Pública, art. L. 3111-9, inc. 2°). Además, hay que señalar que la oficina de indemnización de accidentes médicos, que es, sin decirlo, un fondo de garantía, está

llamada a intervenir más ampliamente en los procedimientos de indemnización de los daños que se deben a la actividad médica. En efecto, la oficina sustituye al asegurador: cuando los límites de garantía de los seguros autorizados son alcanzados, en caso de silencio o de rechazo explícito del asegurador de realizar una oferta, o cuando el responsable de los daños no está asegurado (C. de Salud Pública, art. L. 1142-15, inc. 10° y L. 1142-15, inc. 1°). En estos casos, la oficina realiza una oferta transaccional en las condiciones que después serán indicadas, y la aceptación de esta oferta vale como transacción en el sentido del artículo 2044 del Código Civil²⁶ (C. de Salud Pública, art. L. 1142-15, inc. 3°). Sobre las acciones de la oficina, v. C. de Salud Pública, art. L. 1142-23.

II – Peritos en accidentes médicos

Un punto extremadamente interesante de la ley del 4 de marzo de 2002 radica en la creación de lo que podemos considerar como un cuerpo de peritos especializado en accidentes médicos que tienen como misión realizar los peritajes requeridos por las comisiones regionales. Estos peritos figuran en una lista nacional establecida por la comisión nacional de accidentes médicos, la que además está encargada de asegurar la formación de estos peritos, teniendo lugar la inscripción de estos en la lista sólo después de la verificación de sus conocimientos por dicha comisión (C. de Salud Pública, art. L. 1142-9 al L. 142-12 y R. 1142-30 y ss.). Al término de un periodo transitorio de dos años contados desde la entrada en vigencia de la ley, los peritos inscritos en la lista nacional de peritos en accidentes médicos serán mantenidos en esta lista sólo si están inscritos en una de las listas instituidas ante los tribunales por las disposiciones relativas a los peritos judiciales (L. 4 de marzo de 2002, art. 105 y 106). Por lo tanto, es claro que existe un vínculo irreductible entre la lista nacional de peritos en accidentes médicos y las listas instituidas antes los tribunales. Sin embargo, la inscripción en la lista de peritos en accidentes médicos, de peritos que figuran en las listas instituidas ante los tribunales no es de pleno derecho, puesto que esta inscripción está subordinada a la justificación de una cualificación cuyas modalidades, especialmente la que conlleva una evaluación de conocimientos y prácticas

²⁶ N. del T: Equivale al artículo 2446 de nuestro Código Civil.

profesionales, deben ser fijadas por decreto, previa consulta al Consejo de Estado. Además, es perfectamente concebible, por lo menos en teoría, que médicos que figuren en una de las listas instituidas ante los tribunales no deseen figurar en la lista nacional de peritos en accidentes médicos. La inscripción en la lista nacional de peritos en accidentes médicos es válida por cinco años y su renovación está subordinada a una nueva evaluación de conocimientos y prácticas profesionales. A este respecto, no es indiferente señalar que la inscripción y la reinscripción en esta lista nacional no están solamente subordinadas a una evaluación de conocimientos, sino que también a una evaluación de prácticas profesionales, puesto que la efectividad y la calidad de estas últimas son condición esencial de la calidad del perito y del peritaje. En principio, sólo los peritos inscritos en la lista nacional de peritos en accidentes médicos podrán ser designados por las comisiones regionales para proceder a los peritajes necesarios para la puesta en marcha de la mediación. Sin embargo, está previsto que cuando la naturaleza del perjuicio lo justifique, uno de los miembros del colegio de peritos podrá ser elegido de una lista establecida ante las Cortes de apelaciones o de la Corte de Casación o incluso fuera de éstas. En una visión a largo plazo, esta disposición parece, al menos en parte, un poco irreal. En efecto, en la medida en que la lista nacional de peritos en accidentes médicos debe ser difundida cada año, no solamente a las comisiones regionales sino también a los tribunales ordinarios y administrativos, y debe estar a disposición del público en las secretarías de estos tribunales, se arriesga a que los peritos designados por estas comisiones lleguen poco a poco a ser escogidos preferente o exclusivamente, salvo casos particulares, de la lista nacional, y es de prever que las listas establecidas por los tribunales se vaciarán progresivamente de profesionales que no estén inscritos en la lista nacional establecida por la comisión nacional de accidentes médicos. Por último, hace falta señalar que se estableció un régimen disciplinario, de procedimiento contradictorio, bastante estricto, sancionado con la expulsión, y que estando prevista una información recíproca de las expulsiones que acaecieron en la lista nacional y en las listas establecidas ante los tribunales, la expulsión de una de las listas instituidas ante los tribunales conlleva automáticamente la expulsión de la lista nacional de peritos en accidentes médicos, lo que deriva de la naturaleza del vínculo existente entre estas dos categorías de listas.

III – Procedimientos que tienden a la indemnización del daño

La posibilidad de recurrir ante las comisiones regionales está abierta, sin ninguna limitación, a toda persona que se estime víctima (o su representante legal o causahabientes) de un daño imputable a una actividad de prevención, diagnóstico o de cuidado, y su ejercicio suspende los plazos para efectos de la prescripción y de la interposición de acciones judiciales hasta el término del procedimiento puesto en marcha, tanto en lo concerniente al procedimiento de mediación como en lo concerniente al procedimiento de conciliación (C. de Salud Pública, art L.1142-7, inc. 1° y 4°). Independientemente de las particularidades propias de cada uno de los dos procedimientos instituidos ante las comisiones regionales – procedimiento de mediación (A) y procedimiento de conciliación (B) – existe entre ellos una diferencia capital: la competencia de las comisiones regionales, en lo concerniente al procedimiento de mediación, está estrictamente limitada, siendo que en materia de conciliación su competencia no conlleva ninguna otra limitación más que aquella que dice relación con el objeto de la demanda.

A – Procedimiento de mediación

En el procedimiento de mediación, la comisión regional recurrida debe pronunciarse primero sobre su competencia en razón a la gravedad del daño (1). Si se declara competente, emite un dictamen (2) sobre la base del cual se hará la transacción que debe conducir a la indemnización (3). Sin embargo, la incidencia de las acciones judiciales debe ser tomada en consideración (4).

1- Fallo de la comisión regional sobre su competencia

En lo concerniente al procedimiento de mediación, la competencia de las comisiones regionales está limitada a los daños que presentan un carácter de gravedad definido por decreto (C. de Salud Pública, art. L. 1142-8 y R. 1142-15). En los términos del artículo D. 1142-1 del Código de Salud Pública, este carácter de gravedad deriva: ya sea de un porcentaje de invalidez permanente del 24%, ya sea de una incapacidad temporal de trabajo de una duración a lo menos igual a seis meses

consecutivos o a seis meses no consecutivos en un periodo de doce meses, como a título excepcional, de la incapacidad definitiva de la víctima para ejercer la actividad profesional que ejercía antes del acaecimiento del daño o de la aparición, a continuación del accidente, de trastornos particularmente graves, incluso de orden económico, en las condiciones de existencia de la víctima.

Por lo tanto, cuando es requerida por una demanda de mediación, la comisión regional, en un primer momento, debe apreciar si el daño presenta el carácter de gravedad requerido por la ley. Para esto puede someter (o su presidente, si fue delegado para este fin) a observaciones de un perito los documentos que acompañan la demanda, siendo las partes informadas de la identidad y títulos de éste. Este peritaje previo, destinado a permitir a la comisión pronunciarse sobre su competencia en relación con la gravedad del daño, se hace a partir de documentos, al parecer sin tener carácter contradictorio (C. de Salud Pública, art. R. 1142-14). Si al término del examen de los documentos justificantes de la demanda, y en vista de las observaciones del perito – si un peritaje fue requerido (puesto que en esta etapa es una simple facultad)-, la comisión estima que el daño no presenta el carácter de gravedad requerido por la ley, se declara incompetente e informa de ello al demandante precisándole que tiene la posibilidad de requerir a la comisión con la finalidad de una conciliación (C. de Salud Pública, art. R. 1142-15, inc. 2°). No están previstos recursos contra el fallo dictado por la comisión respecto a su competencia.

2 – Dictamen de la comisión regional

Si la comisión se declara competente, dentro de los primeros seis meses luego de ser requerida debe emitir un dictamen destinado a servir de base a una oferta transaccional sobre las circunstancias, causas, naturaleza y extensión de los daños, así como sobre el régimen de indemnización aplicable. Además, este dictamen debe precisar si a la fecha en que es emitido el estado de la víctima está o no consolidado (C. de Salud Pública, art. L. 1142-8, inc. 2°). El plazo de seis meses concedido a las comisiones regionales para emitir su dictamen es totalmente utópico, en la medida que sólo los plazos del peritaje – que en esta etapa del procedimiento es obligatorio – corren el riesgo de exceder el plazo concedido a las comisiones regionales. En esta

etapa, el procedimiento – y especialmente el peritaje (cuyo costo es asumido por la Oficina nacional de indemnización, con reserva de reembolsos del asegurador cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento se da por establecida: C. de Salud Pública, art. L. 1142-12, inc. 8º) – es contradictorio (C. de Salud Pública, art. L. 1142-9, inc. 2º y 3º, L. 1142-12 y R. 1142-16). El dictamen emitido por la comisión regional a continuación del peritaje es transmitido a la persona que recurrió ante ella, a todas las personas interesadas por el litigio y a la Oficina nacional de accidentes médicos (C. de Salud Pública, art. L. 1142-8, inc. 2º y R. 1142-17). Este dictamen sólo puede ser impugnado mediante una acción indemnizatoria que sería ejercida por la víctima ante los tribunales competentes, o con ocasión de una acción subrogatoria que sería interpuesta en aplicación de las disposiciones legales (C. de Salud Pública, art. L. 1142-8, inc. 3º).

3 – Procedimiento de indemnización

Dentro de un plazo de cuatro meses contado desde la recepción del dictamen, una oferta de indemnización – que puede tomar la forma de una renta – debe ser presentada: ya sea por el asegurador que garantiza la responsabilidad de la persona considerada como responsable por los daños que corresponden a un principio de responsabilidad, como por la oficina nacional de indemnización de accidentes médicos, por los daños que conciernen a la solidaridad nacional (C. de Salud Pública, art. L. 1142-14 y L. 1142-17). La aceptación de la oferta emitida, ya sea por el asegurador o por la oficina, según el caso, vale como transacción en el sentido del artículo 2044 del Código Civil. Y si la oferta es aceptada, el pago debe ocurrir en un plazo de un mes contado desde la recepción por parte del asegurador o la oficina de la aceptación a su oferta realizada por la víctima. Si la víctima no acepta la oferta emanada, sea del asegurador o de la oficina, puede recurrir ante los tribunales competentes, y si estos estiman que la oferta era manifiestamente insuficiente, condenan, en lo que concierne al asegurador, a pagar a la oficina una suma que puede alcanzar el 15% de la indemnización que paga, y a la víctima una indemnización por los perjuicios provocados por este hecho (C. de Salud Pública, art. L. 1142-14, inc. 9º).

4 – Incidencias de las acciones judiciales

El dictamen emitido por la comisión sólo puede ser impugnado mediante una acción indemnizatoria interpuesta por la víctima ante los tribunales competentes o mediante una de las acciones subrogatorias previstas por la ley (C. de Salud Pública, art. L. 1142-8, inc. 3°).

En efecto, las acciones subrogatorias pueden ser ejercidas en tres circunstancias. En primer lugar, cuando a continuación del dictamen emitido por la comisión regional la oficina transigió con la víctima, aquella dispone de una acción subrogatoria en contra del profesional, del establecimiento o del productor de productos de salud cuya responsabilidad estima comprometida (C. de Salud Pública, art. L. 1142-17, inc. 7°). En segundo lugar, en los casos en que la oficina sustituye al asegurador, esta (o venido el caso su asegurador) se subroga, en los derechos de la víctima en contra de la persona responsable del daño, hasta concurrencia de las sumas pagadas y además puede obtener el reembolso de los gastos del peritaje (C. de Salud Pública, art. L. 1142-15, inc. 4°). Por último, cuando el asegurador que transigió con la víctima estima que el daño no compromete la responsabilidad de la persona que asegura, dispone de una acción subrogatoria, ya sea en contra del tercero responsable o contra la Oficina nacional de indemnización si el daño corresponde, en el sentido de las disposiciones del artículo 1142-1, II del Código de Salud Pública, a la solidaridad nacional (C. de Salud Pública, art. L. 1142-14, inc. 8°).

B –Procedimiento de conciliación

La ley es de lo más discreta respecto al procedimiento de conciliación (C. de Salud Pública, art. L. 1142-5, inc. 2° y R. 1142-19 al R. 1142-23), siendo que este se arriesga a ser, en razón de las muy estrictas condiciones de acceso establecidas para el procedimiento de mediación (v. *supra*), de entre los dos procedimientos previstos, el único que en la práctica estará a disposición de las víctimas. A propósito de este procedimiento de conciliación, hay que señalar que el presidente de la comisión puede, con el consentimiento del demandante, recusar la competencia de la comisión respecto a la demanda de conciliación, si ello es idóneo para favorecer la solución del conflicto,

y transmitirla, ya sea a la comisión de relaciones con los usuarios y de la calidad de la tramitación en cuestión, ya sea a la asamblea interprofesional regional señalada en el artículo L. 4393-2 del Código de Salud Pública, ya sea al consejo departamental de la Orden concernida (C. de Salud Pública, art. R.1142-21). Igualmente, la comisión puede delegar la conciliación no sólo a uno de sus miembros, sino que también a una persona externa que, en razón a sus cualificaciones y experiencia, presenta garantías de competencia e independencia (C. de Salud Pública, art. R. 1142-23). La conciliación, si tiene éxito, da lugar a la redacción de un documento que la constata y, llegado el caso, hace aparecer los puntos de desacuerdo que subsisten (C. de Salud Pública, art. R. 1142-22).

Leer también

-Demeester M.-L., "L'assurance des risques de santé et la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002", RD sanit. soc. 2002.783

-Mémeteau G. (bajo su dirección) "Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales", les études hospitalières, 2004

- Lambert-Faivre Y., "La loi du 30 décembre 2002 modifiant la loi du 4 mars 2002", D. 2003, chron. 361, p.361

-Penneau J., "Brèves réflexions sur l'avatar d'une loi sur l'indemnisation des accidents médicaux. Ruptures, mouvements et continuité du droit", Autour de Michèle Gobert, p. 327, Economica, 2004

-Penneau M., "l'indépendance et expertise médicale" Mélanges Lambert, p. 361, Dalloz 2002

-Porchy-Simon S., "Regard critique sur la responsabilité de l'établissement de santé privé du fait du médecin", Mélanges Lambert, Dalloz, 2002

-Adde: bibliografía bajo el capítulo III

TITULO II

Responsabilidad pénal

Con motivo de su ejercicio profesional, los médicos pueden verse llevados a cometer infracciones de naturalezas muy diversas; la lista sería impresionante y no corresponde hacer en el marco de esta obra una enumeración exhaustiva, y todavía menos proceder al estudio detallado de cada una de ellas. Nos limitaremos a las infracciones de atentado a la integridad corporal y a la vida del paciente, que constituyen el aspecto penal de las reglas que fueron anteriormente estudiadas.

Por lo demás, desde este punto de vista existe una paradoja aparente. En efecto, a menudo el médico atenta de forma voluntaria contra la integridad corporal de su paciente (cap. 1) pero, en razón del objetivo que perseguía el acto médico, su responsabilidad se ve comprometida sólo excepcionalmente. De forma bastante menos frecuente, el médico, involuntariamente, por imprudencia o negligencia, causa un daño corporal a su paciente, en los casos extremos incluso la muerte de éste (cap. II). Aquí la regla es que normalmente se expondrá a una sanción penal.

CAPÍTULO I

Atentado voluntario a la vida y a la integridad de la persona

En nuestra época, no podríamos ejercer la medicina eficazmente sin realizar, casi a cada instante, un atentado voluntario a la integridad corporal de los pacientes: atentado visible desde la más anodina inyección intradérmica a la amputación mutilante; atentado infinitamente más sutil realizado por el empleo de drogas o radiaciones ionizantes a veces utilizadas precisamente con el objetivo de destruir ciertas células que componen el cuerpo del paciente sometido a este tratamiento. Ahora bien, a pesar de que se encuentran reunidos todos los elementos del tipo definidos por los artículos 222-7 y siguientes del Código Penal, el médico normalmente escapa a todo castigo. Y es que, en la medida que persigue un fin terapéutico, su acción es justificada por la autorización implícita de la ley (que es asimilada a la orden de la ley aludida en el artículo 122-4, inc. 1° del Código Penal²⁷). A partir del momento en que la ley confiere a los médicos la función sanitaria que es la suya, y que por lo demás se les otorga la exclusividad, el atentado voluntario a la integridad corporal de su paciente, realizado por todo médico que cumple con todas las condiciones legales para ejercer, es justificada en la medida que este atentado es el precio a pagar por el objetivo perseguido en el ejercicio del acto médico: la sanación o el alivio del paciente.

Aún hace falta precisar lo que recubren jurídicamente estas nociones de sanación o alivio del paciente; y a este respecto, está claro que entendemos justificado el acto médico no sólo por la búsqueda de un fin terapéutico sino que también cuando se busca lo que la jurisprudencia califica, demasiado vagamente, como “interés médico”. Es evidente que esta noción: el “interés médico” (el Código Civil -16-3 – se refiere a la noción de necesidad médica) es una noción infinitamente más flexible, pero de contornos infinitamente más imprecisos que la noción de interés terapéutico. En efecto, podemos incluir en ella no sólo todo acto con objetivo curativo o incluso preventivo, sino que también toda intervención practicada en el cuerpo humano para realizar un acto considerado como lícito por la sociedad en un momento dado de su

²⁷ N. del T: La “*ordre de la loi*” corresponde al ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, tal como se contempla en el artículo 10 n° 10 de nuestro Código Penal.

evolución; y esto en función de variados elementos sociales en los que el sentimiento colectivo, las costumbres, tienen un lugar de primer orden; más aun, venido el caso, el contenido del interés médico puede ser en parte determinado por la voluntad del individuo dentro de los límites fijados por la sociedad, cuando ésta, en función de su evolución, juzga legítimo dejarle, entera o parcialmente, su libertad de apreciación. En este sentido, es muy típico que la cirugía estética, que obviamente parecía constituir un delito de lesiones voluntarias a principios de siglo, prácticamente no da lugar a ninguna persecución penal hoy en día (y que sus condiciones de ejecución, al menos en parte, son definidas por la ley: C. de Salud Pública art. L. 6322-1 a L. 6322-3); que las condiciones en las cuales se someten las esterilizaciones con finalidad contraceptiva, que generalmente sólo persiguen (especialmente en el hombre) un objetivo de conveniencia personal, están definidas por la ley (C. de Salud Pública, art. L. 2123-1 y L. 2123-2); que el legislador ha autorizado la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones que dejan a la mujer como única jueza de su conveniencia; que la extracción de órganos para un trasplante no está normalmente subordinada más que a la sola voluntad del donante; que ocurre lo mismo con la investigación biomédica, incluso cuando ésta no presenta ningún beneficio para el que se presta a ella. Por lo demás, desde este punto de vista, podemos interrogarnos sobre lo que queda del tradicional principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

Sin embargo, cualquiera que sea el contenido de esta noción de interés médico, evidentemente variable según el estado de la sociedad en un momento determinado, cada vez que este es reconocido, justifica el atentado realizado por el médico a la integridad corporal de su paciente, pero es mucho más difícil admitir que está en juego el interés médico cuando el médico atenta contra la vida de su paciente. Sin duda entonces es necesario separar el estudio del homicidio (I) de los actos de violencia (II).

I – Atentado voluntario a la vida (homicidio)

El homicidio (C. Penal, art. 221-1) está constituido por acto positivo y voluntario; el móvil es indiferente y no suprime jamás la voluntad homicida, y el consentimiento de la víctima es, también, indiferente. A primera vista, es difícil imaginar que un médico, en el ejercicio de sus funciones, cometa voluntariamente un homicidio,

lo que entra en su definición legal. Sin embargo, una situación puede hacer dudar y es actualmente objeto de un apasionado debate: la eutanasia.

El sentido originario, y sin duda alguna el sentido exacto de eutanasia es el de: muerte tranquila y exenta de sufrimiento que sobreviene gracias a sustancias calmantes y estupefacientes. Actualmente, este término es empleado en un sentido derivado, y se entiende generalmente la eutanasia como la muerte provocada al enfermo con el objetivo de aminorar su sufrimiento. Es evidente que desde el punto de vista teórico tal forma de eutanasia cae bajo el efecto de las disposiciones del artículo 221-1 del Código Penal, salvo que se le dé a la noción de interés médico un contenido que en nuestra época la sociedad no quiere aceptar, al menos en su tendencia mayoritaria. En efecto, está claro que se está dibujando una evolución y que una parte del cuerpo social se pronuncia a favor de la legalidad de la llamada eutanasia “activa”. Existe una asociación para el derecho a morir con dignidad cuyos miembros reclaman el derecho a disponer de sus vidas y de escoger el momento de poner (hacer poner) término a sus existencias, cuando en razón de su estado físico y mental esta no les parece digna de ser vivida; entre estos miembros figuran representantes de todas las clases sociales, algunos ocupando un lugar eminente en la sociedad. Por lo demás, para algunos, los mismos médicos son favorables a esta forma de eutanasia, y según una encuesta realizada hace algunos años por Sofres²⁸, el 26% de éstos aceptarían proceder a una eutanasia activa. Por último, hay que agregar que los tribunales penales parecen mostrar una gran mansedumbre y que los jurados muestran una aun mayor cuando les toca conocer estos asuntos. Con todo, aun cuando rara vez se recurre a los tribunales penales, e incluso si estos adoptan una actitud comprensiva, el médico permanece sometido, independientemente de la incriminación penal, a las prescripciones del Código de Ética que, aun cuando le recomienda aminorar el sufrimiento de su paciente, le prohíbe provocar deliberadamente la muerte (C. de Ética, art. 38, inc. 2°). Podemos agregar que los artículos 223-13 al 223-15 del Código Penal castigan con pena de cárcel y multa la instigación al suicidio, y que sin duda este texto sería aplicable al médico que, sin provocar directamente, él mismo, la muerte de su paciente, pusiera a disposición de este los medios para poner fin a sus días indicándole su modo de empleo. Hará falta un día que el legislador se haga cargo de la

²⁸ N. del T: Empresa francesa dedicada al marketing y estudios de opinión.

cuestión y fije a esta práctica, tan legítima como puede parecer en casos extremos, al menos los límites cuya apreciación no puede ser dejada al solo arbitrio del médico, cualquiera que sea su competencia.

II – Actos de violencia

Es excepcional que un médico inflija actos de violencia a un paciente por pura animosidad. Cuando tal hecho se produce, obviamente cae bajo el efecto de la ley (C. Penal, art. 222-7 y ss.) Tal es el caso del dentista que arranca violentamente de la boca de su paciente la prótesis que este rehusaba pagarle. En el mismo orden de ideas, si el médico administra voluntariamente –y al margen de todo interés médico-substancias dañinas, puede verse aplicar el artículo 222-15 del Código Penal.

Por otra parte, la ley autorizó un cierto número de prácticas que escapan de esta manera a la aplicación de la ley penal. Pero evidentemente la inmunidad existe sólo si las condiciones y los límites son respetados.

Así ocurre con la extracción de órganos efectuados a una persona viva con objeto de realizar un trasplante. Pero es evidente que si no son reunidas las condiciones fijadas por la ley (C. de Salud Pública, art. L. 1231-1 y ss., y para las sanciones penales, art. L. 1272-1 y ss.), especialmente en cuanto al objetivo (un trasplante) y en cuanto a la obtención del consentimiento, las disposiciones penales vuelven a ser aplicables. De la misma manera, las investigaciones biomédicas, incluso aquellas que no procuran ningún beneficio directo a la persona que se presta a ella, fueron legalizadas por la ley, con reserva de que las reglas así definidas sean respetadas, bajo pena de sanciones penales (C. de Salud Pública, art. L. 1121-1 y ss.) Ocurre lo mismo con la utilización de tejidos, células y productos del cuerpo humano (C. de Salud Pública, art. L. 1245-2 y ss.; y para las sanciones penales, art. L. 1272-1 y ss., y L. 1273-1 y ss.); igualmente para la asistencia médica a la procreación (C. de Salud Pública, art. L. 2141-1 y ss., y para las sanciones penales, art. L. 2152-2 y ss.). Por último, las esterilizaciones con finalidad contraceptiva están autorizadas por la ley (C. de Salud Pública, art. L. 2123-1 y L. 2123-2).

Además, está claro que actualmente ciertas intervenciones de mera conveniencia escapan a la responsabilidad penal porque consideramos que éstas, en

el estado actual de las costumbres, están legitimadas, al menos implícitamente, por la sola voluntad del sujeto.

Así ocurre con la cirugía estética, que es efectuada actualmente cada vez más a menudo en razón a la mera conveniencia del sujeto, no da lugar en la práctica a ninguna persecución penal, y que a partir de la ley del 4 de marzo de 2002 es objeto de disposiciones que conciernen a las instalaciones exigidas para las intervenciones estéticas y la información que el médico debe entregar a su paciente (C. de Salud Pública, art. L. 6322-1 al L. 6322-3).

No podríamos terminar sin evocar la cirugía de cambio de sexo. Es forzoso constatar que, aunque algunos hayan sostenido que caía bajo el efecto del antiguo artículo 316 del Código Penal que tipificaba el crimen de castración, aquí nuevamente no se llevó a cabo ninguna persecución penal, al menos cuando nos encontrábamos en presencia de un caso de transexualismo médicamente cierto. Sin embargo, hace falta recalcar que desde un punto de vista médico, la cirugía de cambio de sexo persigue incontestablemente un interés médico en razón al riesgo de suicidio si rechazamos acceder a la demanda del sujeto.

Leer también

-Graven, Le procès de l'euthanasie, les données et la solution d'un problème insoluble

-Robert, "Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français", trabajos de la asociación Henri-Capitant, Le corps humain et le droit, Dalloz, 1997

CAPÍTULO II

Atentado involuntario a la vida y a la integridad de la persona

Por supuesto que las disposiciones de los artículos 221-6, 222-19, 222-20 y R. 625-2 y 625-3 del Código Penal, que reprimen los atentados involuntarios a la vida y a la integridad de la persona, son aplicables al médico por los decesos y los daños corporales que pueda causar en el ejercicio de sus funciones, así como son aplicables a todo ciudadano.

En este ámbito, a partir de principios generales (I), los problemas planteados están representados por la determinación de la culpa (II) y de la relación de causalidad (III).

I – Principios generales

Desde este punto de vista, dos elementos son particularmente importantes: la posibilidad para el paciente de constituirse en parte civil ante los tribunales penales (A) y el abandono del principio de identidad de las culpas civiles y penales de imprudencia (B).

A – Constitución del paciente en parte civil

Lo vimos anteriormente, el paciente puede llevar su acción civil ante los tribunales penales; y esto incluso cuando está contractualmente ligado al médico; en efecto, en esta hipótesis, la jurisprudencia considera que en la medida que la culpa del médico presenta el carácter de una imprudencia o de una negligencia prevista y reprimida por los textos precitados del Código Penal, hay lugar a la aplicación de la ley penal, siendo el delito que se le atribuye al imputado necesariamente la causa de la responsabilidad (*supra*, título I, cap. I, sección 1, II, A). Esta constitución en parte civil, lo sabemos, pone automáticamente en movimiento la acción pública.

Desde este punto de vista, los médicos que ejercen en el sector público no se benefician de ninguna inmunidad: aunque los tribunales penales, que pertenecen a la justicia ordinaria, son incompetentes para fallar respecto de los intereses civiles, es

admisible la constitución en parte civil del paciente (*supra*, título I, cap II, sección 1, A, 2), y obviamente, cuando la acción civil es ejercida ante los tribunales penales, la prescripción aplicable es la de la acción pública (C. de Procedimiento Penal, art. 10); pero la jurisprudencia ha fallado que el punto de partida de esta prescripción no es la fecha en la que el acto es efectuado sino que en la que el deceso se produjo o la incapacidad se consolidó, caracterizando estos acontecimientos los elementos constitutivos de las infracciones de los artículos 222-19, 220 y R. 625-2 y 625-3 del Código Penal.

En cierta época, algunos creyeron notar que las constituciones en parte civil eran infrecuentes y que eran emprendidas sólo cuando el médico se las tenía que ver con una víctima o una familia inspirada por un feroz espíritu vindicativo en contra del médico que no pudo realizar el milagro que se esperaba de él. Nada es menos seguro y de hecho la evolución reciente muestra que es cada vez más común que las víctimas de un accidente médico interpongan su acción civil ante los tribunales penales. Para convencerse basta consultar las estadísticas del Grupo de seguros mutuales médicos (GAMM), que para el año 2002 dan cuenta que de 2413 declaraciones de accidentes corporales que conciernen a médicos, fuera de los simples reclamos y declaraciones de prudencia²⁹ de parte de los socios, hay 224 denuncias ante los tribunales penales, 687 requerimientos ante los tribunales civiles (y 341 demandas ante los tribunales ordinales³⁰).

Esta situación no tiene nada de asombroso. En efecto, la vindicta no es lo único que conduce a las víctimas o a sus familias ante el juez penal; el procedimiento mismo los incita a ello: el juez de instrucción³¹ dispone, especialmente para reunir las pruebas,

²⁹ N. del T: Las declaraciones de prudencia (*déclarations de prudence*) son comunicaciones del médico dirigidas a su asegurador mediante las cuales le informa que pudo haber cometido alguna negligencia. El interés de esta declaración es poder preparar con tiempo una estrategia de defensa en la eventualidad, no excepcional, que el paciente termine por interponer una demanda. V. <http://www.medecinews.com/628/la-moitie-des-accidents-medicaux-sont-evitables.html>

³⁰ N. del T: Los tribunales ordinales (*juridictions ordinales*) son tribunales creados para conocer las faltas a la ética profesional. Para conocer más sobre estos tribunales, V. Markus, J-P, "*Les juridictions ordinales*", LGDJ, 2003.

³¹ N. del T: En Francia el *juge d'instruction* es un magistrado encargado de la investigación tendiente a reunir el conjunto de elementos necesarios para lograr la condena del eventual autor de un crimen o delito. Normalmente interviene en los casos más graves o complejos. V.

de poderes de investigación de los que no dispone el juez civil (en este sentido, podemos sin embargo señalar que las comisiones regionales de conciliación e indemnización [*supra*, título I, cap. IV, sección 3, I, A] tienen la posibilidad de demandar al presidente del tribunal de gran instancia que autorice a uno o varios peritos a proceder a una autopsia con el objetivo de buscar las causas del deceso, así como la posibilidad de obtener la comunicación de todo documento, incluso de orden médico: C. de Salud Pública, art. L. 1142-9, inc. 2°), y el costo de los peritajes en el contexto de un proceso penal es claramente más bajo (aquí nuevamente hay que señalar que la Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos toma a su cargo el costo de los peritajes ante las comisiones regionales, con reserva de los reembolsos del asegurador del responsable cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento se da por establecida; C. de Salud Pública, art. L. 1141-12, inc. 8°). Aun cuando la situación no tiene nada de sorprendente, es sin embargo peligrosa para la serenidad del ejercicio médico; en efecto, aunque se llegue a un sobreseimiento, una formalización³² (y con mayor razón, a un procedimiento ante un tribunal de juicio, incluso si termina con una puesta en libertad) no sólo traumatiza, y la palabra no es demasiado fuerte, a los médicos (lo que después de todo, en sí no tiene nada de insostenible: es el individuo quien ha de saber hacer frente a la adversidad), sino que también deja, en relación a la clientela, huellas indelebles y, objetivamente, totalmente injustas en vista del sobreseimiento o de la absolución.

Los riesgos de una condena penal, que se agravaban debido al efecto multiplicador que derivaba del principio de identidad de las culpas civiles y penales, establecido por la jurisprudencia, sin duda disminuyeron con las disposiciones introducidas por la ley del 10 de julio de 2000 al artículo 121-3 del Código Penal.

Sitio de Ministerio de Justicia francés,
<http://www.metiers.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10070&ssrubrique=10071&article=13109>

³² N. del T: En francés *mise en examen*. Corresponde a una etapa del proceso penal a la cual se somete una o más personas cuando existen indicios graves o concordantes que hagan verosímil que haya podido participar, como autor o cómplice, en la comisión de los delitos que son competencia del juez de instrucción.

B – Abandono del principio de identidad de las culpas civiles y penales de imprudencia.

Desde un fallo de la sala civil de la Corte de Casación con fecha 18 de diciembre de 1912, la jurisprudencia resolvió de manera constante que “la culpa penal de los artículos 319 y 320 (actualmente 222-19 y 222-20) del Código Penal comprende todos los elementos de la culpa civil”, y esto cualquiera que sea la naturaleza de la responsabilidad en que se incurre, extracontractual o bien contractual (dando nacimiento a una obligación de medios).

De hecho, hay que reconocer que la enumeración contenida en los precitados artículos del Código Penal es particularmente extensa y que comprende la negligencia y la imprudencia del artículo 1383 del Código Civil³³. Sin embargo, gran parte de la doctrina ponía en duda el valor de este principio de identidad entre culpas civiles y penales afirmadas por la jurisprudencia; en efecto, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal tienen en numerosos puntos mecanismos, y fundamentalmente funciones, diferentes, que justifican que las condiciones de puesta en práctica sean, ellas también, diferentes.

Sin embargo, este principio era afirmado por la jurisprudencia y, combinado con el principio de autoridad de la cosa juzgada de lo penal sobre lo civil, originaba perversos efectos en la responsabilidad civil. En efecto, derivaba de la conjunción de estos dos principios que el juez penal, a partir del momento que negaba la culpa en el plano penal, no podía admitirla en el plano civil, y que el juez civil estaba totalmente obligado por el fallo del juez penal respecto a esta culpa.

Sucedía que el juez penal no podía olvidar, cuando se pronunciaba sobre la existencia de la culpa penal, las consecuencias que su fallo necesariamente tendría en los intereses civiles, y que la consideración de un interés patrimonial, el de la víctima, podía hacer perder al juez penal la serenidad necesaria para el ejercicio de la acción de la sociedad. En otros términos, el juez penal, consciente de las consecuencias de su fallo penal en los intereses civiles, podía verse tentado a afirmar la existencia de culpa, necesariamente acompañada, incluso en caso de dispensa de pena, de una

³³ “Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia”.

declaración de culpabilidad, con el solo objeto de otorgar, o permitir al juez civil otorgar, una reparación civil.

La ley del 10 de julio de 2000 (C. Penal, art. 121-3, inc. 3° al 5°, los artículos 221-6- que incrimina los atentados voluntarios a la vida-, y 222-19 –que incrimina los atentados voluntarios a la integridad de la persona-, remitiendo expresamente a las condiciones y distinciones previstas en el artículo 121-3) modificó la problemática. En efecto, por una parte, el inciso 3° del artículo 121-3 del Código Penal introduce un elemento de apreciación *in concreto*, sometiendo la incriminación de la culpa por imprudencia, negligencia o por la falta a una obligación de prudencia o de seguridad prevista por la ley o el reglamento, al hecho de que se establezca que el autor de los hechos no cumplió con las diligencias normales, considerando, llegado el caso, la naturaleza de sus misiones o de sus funciones, sus competencias, así como los poderes o medios de los que disponía; por otra parte, el inciso 4° de este artículo subordina la responsabilidad penal de las personas naturales que no causaron directamente el daño, pero que crearon o contribuyeron a crear la situación que permitió su realización o que no tomaron las medidas que permitieran evitarla, por el hecho de que se establezca que estas, ya sea violaron de manera manifiestamente deliberada una particular obligación de prudencia o de seguridad prevista por la ley o el reglamento, ya sea incurrieron en una culpa caracterizada y que exponía a otros a un riesgo de particular gravedad que no podían ignorar. Por otro lado, el delito de puesta en peligro está subordinado a la puesta en peligro deliberada de la persona de otro. Además, el artículo 4-1 del Código de Procedimiento Penal, introducido por la ley del 10 de julio de 2000, dispone que: *“La inexistencia de culpa penal no intencionada en el sentido del artículo 121-3 del Código Penal no será obstáculo para el ejercicio de una acción ante los órganos jurisdiccionales civiles a fin de obtener la reparación de un daño en base al artículo 1383 del Código Civil si queda establecida la existencia de la infracción civil prevista por este artículo o en aplicación del artículo L. 452-1 de la Ley de la Seguridad Social si se establece la existencia de la falta inexcusable prevista en este artículo.”*³⁴; y muy recientemente, la Corte de Casación, en un fallo de la segunda sala civil con fecha 16 de septiembre de 2003, estableció que el artículo 4-1 del Código de Procedimiento Penal “disocia la culpa civil de la culpa penal no intencional”.

³⁴ N. del T: Transcrito de legifrance.

II – Apreciación de la culpa

En lo concerniente a la apreciación de la culpa, de ahora en adelante hay que distinguir entonces los casos en que la culpa es la causa directa del daño y aquellos en que la culpa es la causa indirecta del daño.

En la primera situación (la culpa es la causa directa del daño), en la medida que la relación de causalidad directa entre la culpa y el daño está establecida (*infra*, III), la jurisprudencia anterior a la ley del 10 de julio de 2000 por supuesto que conserva todo su valor. Se ha fallado, bajo el imperio de la nueva ley, que es culpable de homicidio involuntario: el médico que antes de la intervención quirúrgica, considerando los síntomas presentados por el paciente, no tomó las precauciones elementales de detener la alimentación e instalar una sonda gástrica, lo que causó directamente el deceso; el médico que, utilizando torpemente un fórceps, fue la causa directa del deceso del recién nacido, sobrevenida algunos días después. Y sin duda se fallaría, como se falló bajo el imperio de las disposiciones anteriores a la nueva ley, que corresponde al ámbito de la incriminación penal: el hecho de haber practicado, con un objetivo únicamente lucrativo, una serie de peligrosas inyecciones intravenosas, sin diagnóstico preciso y a pesar del peligro de estas inyecciones; la huída del equipo quirúrgico durante un incendio, siendo que el paciente estaba abandonado, dormido sobre la mesa de operaciones; el hecho de no haber ni extraído la astilla ni aplicado un suero antitetánico a un herido; el hecho de haber practicado una intervención importante en una paciente cansada sin haber procedido a exámenes esenciales, ni determinado el grupo sanguíneo; el hecho, por parte de un cirujano y un anestesista, de haber operado a un niño con anestesia general sin preocuparse de la vacuidad del estómago, lo que lo llevó a la muerte a causa de la regurgitación de alimentos. Sin duda caerían también bajo la incriminación penal: la torpeza en el empleo de un galvanocauterio; la entrega de comprimidos a un cliente sin las instrucciones suficientes, quien los absorbió en vez de utilizarlos para impedir la fermentación de la orina en un recipiente; el hecho de que un cirujano no haya verificado si el paciente había soportado bien la inyección antitetánica que preveían las instrucciones vigentes en el servicio; el hecho de no haber sacado de la sala de operaciones, antes del inicio de la intervención, el cilindro de ciclopropano utilizado para la anestesia (habiendo una

chispa provocado posteriormente una explosión). Por el contrario, no es seguro que se dé por establecida culpa penal en los casos en que estén en discusión banales errores de apreciación que todos, por más diligentes que sean, pueden cometer, incluso leves torpezas que el más hábil está expuesto a cometer, salvo producto de un excepcional factor de suerte, así ha ocurrido: por el haber posado bolsas con agua demasiado caliente sobre la cama de un operado antes de que despierte; por el hecho de no haber apreciado en su justo valor los signos de reacción de un paciente durante una inyección de suero antitetánico, por lo demás practicada varias veces, según las reglas mejor establecidas; por el hecho de que un anestesista no haya apreciado correctamente el dolor sufrido por el paciente durante una inyección de pentotal (probablemente aplicada en la arteria en lugar de la vena); por la simple torpeza del cirujano que, durante una delicada intervención, hiere la arteria espermática del paciente.

En la segunda situación (la culpa es la causa indirecta del daño), la responsabilidad penal de las personas naturales está subordinada a la constatación de una culpa calificada: violar de manera manifiestamente deliberada una obligación particular de prudencia o de seguridad prevista por la ley o el reglamento, o bien una culpa caracterizada y que exponía a otros a un riesgo de una particular gravedad que el autor del daño no podía ignorar. Desde este punto de vista, la jurisprudencia anterior está caduca. Así, fue anulado y reenviado el fallo que había condenado por lesiones involuntarias a un médico jefe de servicio que había prescrito el traslado de un paciente a un servicio de radiología y que, producto de una torpe manipulación durante el trayecto realizado por un interno en práctica, sufrió lesiones cerebrales irreversibles (Cas. crim. 5 de sept. 2000); asimismo, fue anulado el fallo que, para declarar a un médico culpable de homicidio involuntario, sólo establece que ese médico cometió negligencias que causaron el daño (Cas. crim. 10 de enero 2001); de un modo similar para un médico en contra de quien se dieron por establecidas negligencias que habían contribuido indirectamente a causar el deceso de una mujer que parió por cesárea (Cas. crim. 29 de mayo 2001). En cambio, se ha fallado que incurrió en culpa caracterizada, apta para comprometer su responsabilidad penal, la enfermera de un servicio que había dejado a una alumna enfermera administrar una sustancia peligrosa a un paciente, en su ausencia y sin haberse asegurado que la interesada conocía el

modo de empleo del producto (Cas. crim. 26 de junio 2001). Asimismo, se ha fallado que era culpable de una falta deliberada a una obligación particular de prudencia y de seguridad impuesta por la ley o el reglamento, el médico que, habiendo practicado endoscopías a varias personas en sitios no hospitalarios, había inoculado un producto infectado o averiado utilizando el mismo frasco y las mismas dos jeringas para seis pacientes, sin consulta preanestésica, ignorando el decreto del 5 de diciembre de 1994, y sin vigilancia post-operatoria (Cas. crim. 1 de septiembre 2001).

III – Apreciación de la relación de causalidad

Según la aplicación del derecho común, el atentado involuntario a la vida o a la integridad de la persona sólo es punible cuando existe una relación de causa a efecto entre la culpa establecida en contra del médico y el daño constatado. Vimos que de ahora en adelante, en lo que concierne a las personas naturales, la ley hace una distinción entre la causalidad directa y la causalidad indirecta, lo que hace del debate sobre la causalidad un punto central en los procesos judiciales de responsabilidad penal del médico; pero en todo caso, la jurisprudencia exige que la relación de causalidad sea cierta; es la exigencia de la certidumbre de la relación de causalidad lo que explica que la jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidades de sobrevivir o sanar (título I, cap. I, sección 2, III, B) no haya nunca podido asentarse en el ámbito penal.

La apreciación de la causalidad es de ahora en adelante, en razón al contexto jurídico que se desprende de las disposiciones de la ley del 10 de julio de 2000, la base de la responsabilidad penal médica, en la medida en que el acto médico que está en el origen del daño debe, si no ser apreciado más en sus componentes causales que en sus componentes culposos, al menos ser apreciado primero en sus componentes causales, antes de serlo en sus componentes culposos. Es forzoso reconocer que inevitablemente hay cierta confusión entre las dos apreciaciones, y que los jueces del fondo, aprobados por la Corte de Casación, proceden más afirmando la causalidad a partir de las culpas establecidas que demostrando esa causalidad. Así ocurre cuando a los jueces del fondo se les aprueba haber establecido: que la degradación del estado de salud de un paciente que había desembocado en la extirpación de un riñón era

consecuencia exclusiva, cierta y directa de las intervenciones torpes y repletas de malas decisiones terapéuticas del médico cuya responsabilidad estaba comprometida (Cas. crim. 17 oct. 2000); que las culpas (graves) que se establecieron en contra del médico, señalan de manera cierta que la causa directa del deceso del paciente reside en una temible complicación en relación con la negligencia cometida (Cas. crim. 23 oct. 2001) y que el mal posicionamiento de la operada sobre una mesa mal adaptada para la intervención es el origen directo del proceso de degradación neurológica observado inmediatamente después de la operación, que posteriormente desembocó en su deceso (Cas. crim. 23 oct. 2001). Es verdad que la gravedad de los hechos reprochados naturalmente conduce a presumir la causalidad con el daño, pero queda por establecer el carácter directo de esa causalidad y, a este respecto, nos gustaría que no fuera sólo por vía de presunción, y menos aun de afirmación.

En lo concerniente a la pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir, podríamos haber temido que la jurisprudencia civil existente en esta materia hubiese, por contagio, hecho retroceder en lo que concierne a la responsabilidad penal del médico por lesiones o cuasidelito de homicidio (atentado involuntario a la vida o la integridad corporal), la exigencia tradicional de certeza de la relación de causalidad. Pero a este respecto la sala criminal ha recordado constantemente la necesidad de la existencia de una relación causal cierta entre la culpa y las lesiones o el deceso para que el delito se realice. En virtud de este principio, es conforme a derecho la condena penal dictada en contra del médico que, creando imprudentemente un riesgo mortal y siendo negligente en impedir los efectos, privó a una paciente de toda posibilidad de sobrevivir, estando la culpa en este caso, de manera cierta, en relación de causa a efecto con el deceso. Pero en cambio, en un caso en que sólo se estableció que las faltas del médico habían “representado una agravación del pronóstico e, indiscutidamente, una pérdida de una oportunidad de evolución favorable”, se falló que este motivo no daba por establecida la existencia de una relación de causalidad cierta entre la negligencia cometida por el cirujano y el deceso del paciente.

En este ámbito aún hace falta señalar un punto particular.

En efecto, la autoridad de cosa juzgada en materia criminal sobre lo civil sólo se ejerce respecto de lo que necesaria y ciertamente fue fallado por el tribunal penal; la consecuencia es la siguiente: puesto que a ojos de la jurisprudencia en la oportunidad

de sanar o sobrevivir se analiza un perjuicio distinto del perjuicio final representado por la invalidez o la muerte, un fallo absolutorio fundado en la ausencia de relación de causalidad entre la negligencia cometida y el deceso del paciente, no impide al tribunal civil, que posteriormente conoce del asunto, fallar respecto de la relación de causalidad susceptible de existir entre esa negligencia y la oportunidad de sobrevivir perdida; fue lo que dictaminó muy expresamente un fallo de la primera sala civil de la Corte de Casación con fecha 24 de marzo de 1981.

Por último, de manera general, aunque esta solución no deja de tener relación con la jurisprudencia indicada más arriba, se ha fallado que el hecho, de parte de un médico, de no haber, contrariamente a sus obligaciones, informado al enfermo y obtenido su consentimiento antes de una intervención justificada pero no indispensable, sólo constituye una culpa civil y caería bajo el efecto del artículo R. 40, 4º (actualmente R. 625-2) del Código Penal. En efecto, en tal caso podríamos considerar (sobre la controversia: *supra*, título I, cap. I, sección 2, III, C) que la falta de información no está en relación de causalidad cierta con el daño corporal que resulta de la intervención. A lo sumo sería el origen de una pérdida de oportunidad debido a la imposibilidad que tuvo el enfermo de optar entre rechazar la intervención o hacerla ejecutar en otras condiciones; el cuasidelito de homicidio o lesiones no está entonces constituido.

Leer también

- Mayaud Y., "Retour sur la culpabilité non-intentionnelle", D. 2000, chron. 603
- Mistretta P. "La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Évolution ou révolution?", JPC 2002, I, 149
- Penneau J., *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, PUF, 1975
- Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, LGDJ, 1966
- Véron M. y Guigue J., "Responsabilité pénale du médecin", *Traité de droit médical et hospitalier*, Litec

-Cas. primera sala civil, 16 de septiembre de 2003, D. 2004.721, notas de Ph. Bonfils

TÍTULO III

Responsabilidad disciplinaria

En el seno de la Orden Nacional de Médicos existe una jurisdicción disciplinaria que, en ciertos puntos, fue profundamente modificada por la ley del 4 de marzo de 2002, cuyas disposiciones fueron introducidas en el Código de Salud Pública, tanto en lo que se refiere a la composición de los órganos como a las reglas de forma y de fondo aplicables a la instancia. Sin embargo, por falta de decretos de aplicación, la mayoría de esos textos no son aún aplicables, no existiendo estos decretos a la fecha de publicación de la presente obra ni siquiera en estado de proyecto. Es por lo tanto el derecho aún vigente el que será expuesto, al mismo tiempo que se señalarán las modificaciones que resulten de la puesta en aplicación de las disposiciones de la ley del 4 de marzo de 2002.

En aplicación de los textos actualmente vigentes, siendo veintidós los consejos regionales de la Orden Nacional de Médicos (dotados de personalidad jurídica, al igual que los consejos departamentales y el Consejo Nacional: C. de Salud Pública, art. L. 4125-1) que ejercen la competencia disciplinaria en primera instancia (C. de Salud Pública, art. L. 4124-1, inc. 1°), conociendo de sus fallos en segunda instancia la sección disciplinaria del Consejo Nacional; se trata aquí de la disciplina general de la profesión [en los términos de los textos aún no vigentes, la competencia para conocer la acción disciplinaria corresponde a las salas disciplinarias de primera instancia: C. de Salud Pública, art. 4124-1 y ss., ubicadas en los consejos regionales: C. de Salud Pública, art. L. 4122-2, que sólo tendrán misiones de naturaleza administrativa] (cap. II). Además, existe en el seno de cada consejo regional una sección llamada “sección de seguros sociales del consejo regional de disciplina” que conoce en primera instancia de las culpas, abusos, fraudes y todo hecho que interese al ejercicio de la profesión que sean imputables a los médicos con motivo de los cuidados impartidos a los asegurados sociales (C. de Seguridad Social, art. L. 403), teniendo la sección de seguros sociales del Consejo Nacional competencia en segunda instancia; se trata aquí de los procesos judiciales del control técnico de la seguridad social (cap. II).

CAPÍTULO I

DISCIPLINA GENERAL

Las reglas de procedimiento (II) y de fondo (III) de la acción disciplinaria tienen lugar en un contexto general específico (I).

I – Contexto general

La acción disciplinaria constituye una de las misiones atribuidas a la Orden Nacional de Médicos por el artículo 4121-2 del Código de Salud Pública. Se trata de una acción que concierne a lo que podemos calificar de derecho penal interno de la agrupación considerada – aquí, los médicos habilitados para ejercer su arte en Francia agrupados en una orden nacional (C. de Salud Pública, art. L. 4121-1). De este carácter deriva cierto número de particularidades: por una parte, la acción sólo puede ser ejercida en contra de los miembros de la agrupación por el órgano competente de ésta; por otra, la medida que deriva de esta acción es una medida de orden interno de la agrupación, y esto con dos importantes consecuencias: el fallo en ningún caso puede dictar algún tipo de condena a reparar algún tipo de perjuicio (la condena sólo puede ser una sanción de naturaleza profesional), y este fallo está desprovisto de la fuerza ejecutiva que normalmente poseen los fallos de los tribunales de justicia (la fuerza ejecutiva sólo puede ser obtenida recurriendo a los tribunales ordinarios: especialmente mediante una acción de ejercicio ilegal de la profesión médica si no es respetado un fallo que establece una prohibición o una expulsión).

En el mismo orden de ideas, está expresamente precisado (C. de Salud Pública, art. L. 4126-5) que la acción disciplinaria no es obstáculo para ninguna otra sanción de cualquier naturaleza que sea: penal, civil o disciplinaria de otra naturaleza (y especialmente, en lo concerniente a los médicos, la acción de disciplina general no pone obstáculos para el ejercicio de la acción propia del control técnico, y viceversa, sin embargo, bajo reserva de las reglas destinadas a evitar el cúmulo de penas).

En el ámbito particular de las relaciones entre la acción disciplinaria y la acción penal, debemos señalar dos reglas que traducen de buena forma la independencia entre las dos acciones.

Por una parte, las penas respectivamente dictadas por un tribunal penal y por un tribunal disciplinario pueden acumularse; así ocurre, por ejemplo, con la prohibición de ejercer dictada por los tribunales penales por una parte y la suspensión o expulsión dictada por los tribunales disciplinarios por otra (y a la inversa, estas dos categorías de sanciones pueden ser levantadas o reducidas de forma separada y por procedimientos técnicos distintos). Sin embargo, si bien este cúmulo es posible, parece derivar de un reciente fallo del Consejo de Estado que no es de ninguna manera obligatorio, en la medida en que el juez disciplinario puede tomar en cuenta una prohibición de ejercer dictada por el juez penal para determinar la pena aplicable al médico demandado.

Por otra parte, aunque de hecho, por razones de comodidad y de exactitud en la investigación, el juez disciplinario a menudo adopta esta solución, de ninguna manera está obligado a esperar hasta el fallo del juez penal para resolver; está incluso obligado a fallar si los elementos de la causa le permiten hacerlo. Pero en todo caso, cuando interviene un fallo penal, aun cuando el juez disciplinario esté obligado por la constatación de los hechos establecidos por el juez penal, puede calificar soberanamente estos hechos en el ámbito ético que es el suyo.

Por último, las infracciones disciplinarias, por su coloración penal, aun cuando este carácter está limitado a la agrupación considerada y también porque están ligadas al control ético de los actos profesionales, se mantienen personales a su autor. De esto deriva que un médico no podría ser condenado disciplinariamente producto de una negligencia cometida por un dependiente, salvo que exista culpa personal en la elección o vigilancia de este dependiente que constituya una falta a la ética.

II – Reglas de procedimiento

Podemos considerar las reglas de procedimiento desde el triple punto de vista de la competencia (A), de las partes en la instancia (B) y del desarrollo de la instancia (C).

A – Competencia

Los consejos regionales (ocurrirá lo mismo en las salas disciplinarias de primera instancia) ejercen su competencia disciplinaria sobre los médicos inscritos en los registros de la Orden, los estudiantes de medicina que efectúen un reemplazo o asistan a un médico, en caso que tal asistencia sea excepcionalmente autorizada, y por último, sobre los médicos que ejecuten en Francia un acto profesional en las condiciones previstas en el artículo L. 4112-7 del Código de Salud Pública (es decir, los médicos de la Unión Europea o residentes en un Estado que forme parte del acuerdo sobre el espacio económico europeo quienes, establecidos en un Estado miembro distinto de Francia, pueden ejecutar ocasionalmente, en razón a este texto, un acto médico en Francia sin cumplir las condiciones normalmente exigidas para ejercer la medicina de manera habitual) o que ejecuten en Francia un acto profesional en las condiciones previstas por una convención internacional.

El consejo regional competente, que está compuesto por médicos elegidos por los consejos departamentales de su territorio de entre todos los miembros inscritos en los registros de la Orden, sin que la calidad de miembro de un consejo departamental sea una condición de elegibilidad (ocurre lo mismo, en las salas disciplinarias de primera instancia, en los textos aún no vigentes), es aquel en cuyo territorio está situada la sede del consejo departamental en cuyo registro está inscrito el médico que es objeto de la demanda (C. de Salud Pública, art. L. 4132-7 y 4132-8).

En lo concerniente a la demanda, la competencia del consejo regional supone que tenga un objeto ético (*infra*, III).

B – Partes en la instancia

La definición de las partes en la instancia ante los órganos disciplinarios de la Orden Nacional de Médicos, tal como se desprende de los textos, de la interpretación dada a estos por el Consejo de Estado y de la práctica, en el estado actual de los textos vigentes, es bastante compleja y, en ciertos puntos, está aquejada de una verdadera ambigüedad.

Evidentemente, el médico demandado es parte en la instancia, y a este título puede ejercer todos los derechos de la defensa, especialmente, como lo veremos, consultar su expediente y hacerse asistir y representar por un abogado (o un médico inscrito en el registro de la Orden).

En lo concerniente a la acción, los textos vigentes se la atribuyen expresamente: al Consejo Nacional, a los consejos departamentales y a los sindicatos de médicos situados en el territorio del consejo regional competente, ya se trate de su propia iniciativa o con posterioridad a demandas, al ministro de salud, al representante del Estado en el departamento, al director regional y al director departamental de asuntos sanitarios y sociales del departamento del consejo en cuyo registro el médico está inscrito, al fiscal y a todo médico inscrito en la Orden. A este respecto, hay que señalar que en lo concerniente a los hechos que se les reprocha a los médicos a cargo de un servicio público con ocasión de actos de su función pública, un texto particular (C. de Salud Pública, art. L. 4124-2), les otorga acción sólo a tres personas: al ministro de salud, al representante del Estado en el departamento o al fiscal. He aquí una regla evidentemente protectora de los interesados, en gran parte destinada a protegerlos contra los reclamos que podemos temer más frecuentes en ciertos sectores sensibles (como quizás sería el caso de los médicos asesores de la seguridad social – v. *infra*, la obligación de los consejos departamentales de transmitir las demandas que los pacientes les hacen llegar). Pero, tal como existe, la protección lleva a que, en realidad, los interesados escapen casi totalmente del control disciplinario de la Orden en la que están inscritos, lo que es anormal. Es por esto que se le han hecho propuestas de modificación al artículo L. 4124-2 del Código de Salud Pública, siendo una de las más fecundas, para estos casos particulares, el atribuirles acción a los consejos departamentales para recurrir ante el consejo regional, otorgándoles la posibilidad de apreciar, cuando conocen tal demanda, la oportunidad de transmitir ésta al consejo regional competente.

Como lo pudimos apreciar de la lectura de la enumeración anterior, los textos vigentes no le dan al paciente acción para recurrir ante el consejo regional; el paciente sólo puede presentar su demanda ante el consejo departamental; pero es cierto que, en la medida en que el artículo L. 4123-2 del Código de Salud Pública impone al consejo departamental transmitir al consejo regional todas las demandas que se le

presenten, indirectamente llegamos a darle acción al paciente. Ahora bien, sin duda que un gran número de estas demandas no necesitarían un tratamiento disciplinario. Quizás podríamos modificar el texto de manera de darle al consejo departamental, aquí también, la prerrogativa de examinar la conveniencia de transmitir la demanda al consejo regional, otorgándole al paciente, en caso de inacción, un recurso jerárquico ante el Consejo Nacional (el texto de la ley del 4 de marzo de 2002, aún no vigente, no optó por este camino, por el contrario, prevé que en caso de que el consejo departamental no cumpla con transmitir la demanda de un paciente, este puede solicitarle al presidente del Consejo Nacional que recurra a la sala disciplinaria competente, y que este debe responder a la petición que le es presentada en un plazo de un mes).

Las personas y organismos distintos al paciente y al médico demandante (respecto a éste y a las modificaciones introducidas por la ley del 4 de marzo de 2002, en lo que concierne a su situación, v. *infra*) son consideradas, muy lógicamente, como partes en la instancia, en la medida en que pueden recurrir directamente ante el consejo regional y donde no haya ministerio público frente a este consejo.

A la inversa, y con la misma lógica, producto de los textos vigentes, el paciente al que se le rechaza la acción no es parte en la instancia, es considerado como un testigo: no tiene entonces acceso al expediente, no puede hacerse asistir por un abogado y no puede apelar el fallo que, sin embargo, le es comunicado; el consejo departamental, ya sea que se haga parte de la demanda, ya sea que se limite a transmitirla, juega en cierta forma el rol de ministerio público. Los textos aún no vigentes por falta de decreto de aplicación confieren al “autor de la demanda”- lo que evidentemente incluye al paciente autor de una demanda – el derecho a apelar el fallo del tribunal disciplinario de primera instancia, lo que lo hace a él parte en la instancia, y prevén la posibilidad para las partes (que incluye al paciente autor de una demanda) de ser asistidos o representados ante los tribunales disciplinarios (C. de Salud Pública, art. L. 4122-3, I, inc. 1° y L. 4126-2).

En el estado actual de los textos aún vigentes, la situación procesal del médico demandante es mucho más ambigua. Hubiese sido lógico decidir que el médico que haya recurrido directamente ante el consejo regional es parte en la instancia, a la inversa del que presenta su demanda ante el consejo departamental para que este la

transmita, con todas las consecuencias que esto trae consigo; no son estas las soluciones que se adoptaron. Sobre la base de discutibles interpretaciones de la noción de “médico interesado” (C. de Salud Pública, art. L. 4122-3, I, inc. 1°; D. 26 oct. 1948, art. 17 sobre la lista de personas a las que el fallo es notificado) [los textos aún no vigentes hablan de “*profesional sancionado*”, lo que es más claro], el médico que haya requerido directamente al consejo regional, así como aquél cuya demanda fue transmitida por el consejo departamental, es considerado como testigo y no como parte en la instancia. Pero este testigo – y a este respecto es difícil no hablar de incoherencia – es un testigo sometido a un régimen particular (que por lo demás no se desprende de ningún texto), puesto que tiene acceso al expediente durante el procedimiento y puede ser asistido o representado por un abogado. Esta situación paradójica terminará cuando los textos que derivan de la ley del 4 de marzo de 2002 entren en vigencia y el médico demandante ingrese, evidentemente, a la categoría general de “autor de la demanda”.

Las reglas aplicables actualmente son, sin duda alguna, de una inútil complejidad y acarrear, especialmente en los pacientes, el sentimiento de una justicia corporativa; y sería deseable que las nuevas reglas entrasen rápidamente en vigencia.

C – Desarrollo de la instancia

El procedimiento ante el consejo regional es escrito y contradictorio.

En conocimiento de la demanda, el consejo regional procede a su notificación y el presidente nombra un consejero relator que examina los documentos y testimonios escritos, y generalmente convoca (aunque esto no sea obligatorio) a las partes y a los testigos para escucharlos. Elabora un informe destinado a ser leído en la audiencia pero que, siendo un documento de orden interno, no es comunicado al interesado. El procedimiento protege estrictamente los derechos de la defensa del médico demandado. Este es convidado a elaborar como defensa una memoria escrita, tiene acceso al expediente, así como al defensor que puede asistirlo: abogado o médico inscrito en la Orden; durante la audiencia, necesariamente debe ser el último en tener la palabra.

Las audiencias son ahora públicas. Esta regla es resultado de las disposiciones de un decreto del 5 de febrero de 1993, que puso fin a una larga controversia y acabó

con la jurisprudencia del Consejo de Estado que afirmaba constantemente que a los tribunales disciplinarios, por no pronunciarse sobre conflictos de derechos y obligaciones de carácter civil y no fallando en materia penal, no les eran aplicables las disposiciones del artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y que, por otro lado, ningún principio general del derecho imponía la publicidad en los debates cuando un tribunal fallaba en materias disciplinarias.

D – Recursos

El médico demandado puede oponerse al fallo dictado y ejercer una acción de revisión según las condiciones de derecho común. La apelación de los fallos del consejo regional debe ser interpuesta ante la sección disciplinaria del Consejo Nacional (se trata de una sala disciplinaria constituida en el seno del Consejo Nacional y presidida por un consejero de Estado; tomará el nombre de sala disciplinaria nacional cuando los nuevos textos estén vigentes, y será colocada junto al Consejo Nacional), que aplica las mismas reglas de procedimiento que el consejo regional. Pueden apelar: el médico demandado y las personas u organismos que tengan acción para recurrir ante el consejo regional, en la medida en que efectivamente hayan recurrido a éste para el asunto considerado, con excepción del médico demandante. En efecto, recordaremos que, en el estado actual de los textos vigentes, aun cuando los médicos tengan acción para recurrir ante el consejo regional, el médico demandante que ejerció esta acción no es sin embargo considerado como parte en la instancia (*supra*, B); no se beneficia entonces del derecho a apelar. Este derecho a apelar también le es negado al demandante no médico, pero esta vez de una manera bastante lógica, puesto que en el estado actual de los textos, este no puede recurrir directamente al consejo regional. Ya lo dijimos, cuando estén vigentes las nuevas disposiciones, introducidas por la ley del 4 de marzo de 2002, todo autor de una demanda podrá apelar el fallo dictado por la sala disciplinaria de primera instancia (*supra*, B).

Los mismos fallos dictados en apelación por la sección disciplinaria del Consejo Nacional pueden ser objeto de un recurso de casación ante el Consejo de Estado (*infra*, IV).

Por último, hay que señalar las muy importantes disposiciones del artículo L. 4124-8 del Código de Salud Pública. Este otorga al médico víctima de una expulsión la posibilidad de que se le levante esa sanción después de un plazo de 3 años a contar desde el fallo definitivo de expulsión. La demanda se realiza mediante una petición dirigida al presidente del consejo departamental en cuyos registros el médico expulsado estaba anteriormente inscrito; esta es examinada por el consejo regional que dictó la expulsión. Fue precisado por el Consejo de Estado que el levantamiento de la expulsión no conlleva la reintegración automática a los registros de la Orden, y que el consejo departamental que conoce de una solicitud de inscripción hecha por un médico beneficiado por un levantamiento de la expulsión puede negar la inscripción solicitada en función de elementos del expediente que le es presentado.

III – Reglas de fondo

Estas deben ser examinadas desde el punto de vista de los hechos punibles (A) y el de las sanciones (B).

A – Hechos punibles

En lo concerniente a los hechos punibles, un principio domina el ámbito disciplinario: el de la ausencia de definición legal de las infracciones (a la inversa de la regla absoluta del derecho penal). Y es que, en efecto, la culpa disciplinaria es más la violación a una regla moral que a una regla propiamente jurídica. Por lo tanto, en materia disciplinaria corresponde una sanción para toda violación de una regla ética, esté o no establecida por un texto legal o reglamentario (como por ejemplo, el Código de Ética Médica: D. nº 95-1000 del 6 de septiembre de 1995); por lo demás, desde este punto de vista, podemos observar que ciertas disposiciones del Código de Ética dejan un amplio margen de apreciación.

En principio, las culpas disciplinarias, faltas a una regla ética o no, están constituidas por hechos que tienen relación con la actividad profesional; pero el mismo Código de Ética considera los actos de la vida privada que pueden atentar contra el

honor o la moralidad de la profesión y los prohíbe formalmente. Por lo tanto, este ámbito no escapa totalmente a la acción disciplinaria.

En lo concerniente a los hechos punibles, otro principio del derecho disciplinario es el de la ausencia de plazo de prescripción. Las culpas disciplinarias son imprescriptibles.

Sin embargo, es necesario reconocer que, a veces, la prescripción de las culpas disciplinarias es ventajosamente reemplazada por los efectos de sucesivas leyes de amnistía. Ciertamente, en principio la ley de amnistía no se extiende de pleno derecho al ámbito disciplinario; pero la misma ley de amnistía puede decidir otra cosa, lo que, hay que reconocerlo, generalmente hace; hace falta entonces que prevea expresamente su aplicación al ámbito disciplinario y, tradicionalmente, al mismo tiempo excluye las faltas a la probidad, al honor y las buenas costumbres que permanecen sometidas a la sanción disciplinaria.

Pero desde este último punto de vista, hay que señalar que esta noción de “faltas a la probidad, al honor y a las buenas costumbres” da lugar a una interpretación confusa -a aplicaciones a veces sorprendentes- y que desalienta todo esfuerzo de sistematización. Por último, en lo concerniente a los efectos de la amnistía, hay que señalar que, si bien el juez disciplinario en ningún caso puede fundarse en una condena penal amnistiada para emitir su fallo, sí puede, en cambio, fundarse en los hechos que derivan del fallo.

B – Sanciones

Se desprende del artículo L. 4124-6 del Código de Salud Pública que el consejo regional puede dictar las siguientes sanciones: 1) advertencia, 2) amonestación, 3) prohibición temporal -con o sin remisión condicional-³⁵ o permanente de ejercer funciones médicas del sector público o realizadas en aplicación de leyes sociales (hay que reconocer que en la práctica esta sanción casi nunca es aplicada), 4) prohibición temporal -con o sin remisión condicional- de ejercer la medicina durante un máximo de

³⁵ N. del T. El *sursis* ha sido traducido aquí como remisión condicional, pues es el equivalente más cercano. El mismo artículo L. 4124-6 prescribe que en caso de aplicación posterior al *sursis* de alguna de las sanciones de sus numerales 3 y 4 dentro del plazo de 5 años, la remisión condicional de la primera queda sin efecto, sin perjuicio de los efectos de la segunda.

tres años, 5) expulsión de los registros de la Orden. Ninguna otra sanción más que estas expresamente previstas por la ley puede ser dictada. Aquí el principio de legalidad de las penas se aplica con todo su rigor. Las dos primeras penas, advertencia y amonestación, acarrear la privación de formar parte de un consejo de la Orden por tres años. Las otras penas acarrear la misma consecuencia a título definitivo.

La posibilidad otorgada a los tribunales disciplinarios de aplicar una remisión condicional a las penas de prohibición temporal que pronuncian constituye un interesante aporte de la ley del 4 de marzo de 2002. Hay que destacar que estas disposiciones entraron en vigencia desde la publicación de la ley y que los tribunales disciplinarios ya tienen la posibilidad de aplicar una remisión condicional en las prohibiciones temporales que pronuncian.

Por otro lado, la expulsión acarrea, naturalmente, la supresión del registro, lo que es puesto en conocimiento del conjunto de consejos departamentales y del Consejo Nacional; pero por el contrario, la prohibición temporal parece no tener efecto en la inscripción en el registro y por lo tanto deja intacta la calidad de elector en las elecciones ordinales.

Además, debemos señalar que en caso de concurso real de infracciones no se aplica la acumulación de penas: dos o más sanciones distintas pueden ser dictadas, y para asegurar su carácter efectivo, los tribunales disciplinarios pueden dictar que la segunda no producirá efectos sino una vez expirada la primera.

Dijimos anteriormente (*supra*, I) cual es la independencia de la acción y la sanción disciplinaria en relación con la acción y la sanción penal.

IV – Recursos ante el Consejo de Estado

Los fallos dictados en apelación por la sección disciplinaria del Consejo Nacional (con posterioridad a la entrada en vigencia de las disposiciones de la ley del 4 de marzo de 2002, sala disciplinaria nacional) pueden ser sometidos al control del Consejo de Estado por vía del recurso de casación.

Aunque sea brevemente, es importante señalar aquí algunas particularidades importantes de este control.

Por supuesto, el Consejo de Estado controla la corrección del procedimiento, la exactitud de los hechos dados por establecidos, así como la rectitud de su calificación, la ausencia de errores de derecho, la existencia y pertinencia de la fundamentación y, en caso de amnistía, la calificación de los hechos teniendo en cuenta el honor, la probidad y las buenas costumbres. No hay aquí ninguna diferencia con el control que ejerce, en cualquier materia, el Consejo de Estado en este tipo de recurso.

En cambio, y aquí el ámbito disciplinario marca muy nítidamente su especificidad, el Consejo de Estado no controla: ni la apreciación, hecha por el juez del fondo, de las cuestiones técnicas que son aptas para influir en la calificación de los hechos, ni la apreciación de una sanción determinada.

Cuando el Consejo de Estado casa un fallo que es sometido a su conocimiento, normalmente hay lugar a un reenvío ante la sección disciplinaria del Consejo Nacional, que en esta ocasión, puede tener la misma composición que cuando se dictó el fallo casado. Por excepción, hay casación sin reenvío si el Consejo de Estado constata que la amnistía se opone al pronunciamiento de una sanción.

Leer también

-Alméras J.-P. y Péquignot H., La déontologie médicale, Litec, 1996

-Auby J.-M., Droit médical hospitalier, Litec

-Delcroix G., Les médecins jugés par les médecins. Le pouvoir disciplinaire de l'Ordre des médecins, Cons. Rég. Nord-Pas-de-Calais, ed. Gabriandre, 1994

-Nicolle M., Propositions pour une réforme des conseils régionaux", JCP, 1991, I, 3523

-Savatier R. y J., Auby J.-M. y Péquignot H., Traité de droit médical, Litec, 1956

-Terrier E., Déontologie médicale et droit, tesis Montpellier, oct. de 2002

CAPÍTULO II

LOS PROCESOS JUDICIALES DEL CONTROL TÉCNICO

En el seno de cada consejo regional existe una sala particular, llamada “sección de seguros sociales del consejo regional”, competente para conocer de las “culpas, fraudes y abusos y todo hecho” que interese al ejercicio de la profesión y que se le imputen al médico con motivo de los cuidados impartidos a los asegurados sociales. Está regulado por disposiciones del Código de Seguridad Social (art. L. 145-1 y R. 145-1 y ss.).

La composición de las secciones de seguros sociales refleja las particularidades de su misión. En efecto, cada una de estas está compuesta por: un miembro del cuerpo de tribunales administrativos y de las cortes de apelaciones administrativas en actividad, que cumple la función de presidente, nombrado por el vicepresidente del Consejo de Estado a partir de propuestas del presidente de la corte de apelaciones administrativa en cuyo territorio se encuentra la sede del consejo regional, dos asesores médicos miembros del consejo regional, propuestos por éste y escogidos en su seno, y dos asesores médicos que representan a los organismos del seguro médico. Estos asesores son nombrados por el prefecto de la región. En lo concerniente a la sección de seguros sociales, existen algunas particularidades en relación a lo que fue anteriormente expuesto respecto a la acción de disciplina general, tanto en lo concerniente a las reglas de procedimiento (I) como a las reglas de fondo (II).

I – Reglas de procedimiento

En el ámbito de los procesos judiciales del control técnico, el procedimiento es, al igual que en el ámbito de disciplina general, escrito y contradictorio; generalmente, con reserva de algunos aspectos específicos, es idéntico a este, especialmente en lo concerniente a la acción y la prescripción.

En efecto, pueden requerir la sección de seguros sociales del consejo regional: los organismos del seguro médico, las cajas de mutualidad social agrícola o los otros organismos sociales, los directores regionales de asuntos sanitarios y sociales,

algunos médicos asesores cuya categoría está expresamente precisada por los textos, los jefes de servicio regionales de la inspección del trabajo, los sindicatos de médicos, los consejos departamentales de la Orden Nacional de Médicos.

A diferencia de la regla aplicable en el ámbito de disciplina general, existe para los procesos judiciales del control técnico una prescripción cuyo plazo es de tres años a contar de la fecha de los hechos que motivan la demanda.

Por último, desde el punto de vista de la competencia, podemos señalar que no está precisado en ninguna parte que la sección de seguros sociales es competente para juzgar hechos realizados por un estudiante que remplace o asista a un médico en el caso que la ley lo autorice, contrariamente a lo que existe en materia de disciplina general.

II – Reglas de fondo

Los hechos punibles son definidos como las “culpas, abusos, fraudes y todo hecho que interese al ejercicio de la profesión”, con un límite, sin embargo: hace falta que esos hechos hayan sido cometidos “con motivo de cuidados impartidos a los asegurados sociales”. En la práctica, estos hechos están esencialmente constituidos, por una parte, por abusos en materia de honorarios, y por la otra, por prescripciones abusivas, sin embargo, hay que reconocer que la noción de “todo hecho que interese al ejercicio de la profesión” es demasiado vaga y permite someter a la sección de seguros sociales infracciones que deberían normalmente ser de la exclusiva competencia del consejo regional propiamente dicha, conociendo en el ámbito de disciplina general. Sería entonces deseable que sea suprimida y que la competencia de atribución de la sección de seguros sociales se limite a las “culpas, abusos y fraudes”.

Las sanciones que pueden ser dictadas por la sección de seguros sociales son: 1) la advertencia, 2) la amonestación con o sin publicación, 3) la prohibición temporal o permanente -con o sin remisión condicional- de prestar cuidados a los asegurados sociales, 4) el reembolso al asegurado del exceso percibido en caso de abuso de honorarios o la transferencia a los organismos de seguridad social por el exceso reembolsado. Además, el médico que contraviene la prohibición de prestar cuidados a un asegurado social debe rembolsar a la Caja de seguridad social la suma

correspondiente a las prestaciones que esta transfirió al asegurado con motivo de las prestaciones del médico. Las sanciones de prohibición temporal o de reembolso o de transferencia del exceso percibido o del exceso reembolsado pueden ser objeto de una publicación. Por lo demás, está precisado que estas sanciones no son acumulables con las penas previstas en el artículo L. 4124-6 del Código de Salud Pública cuando han sido dictadas con motivo de los mismos hechos, y que si los tribunales competentes dictan sanciones diferentes, sólo la sanción más fuerte puede ser ejecutada.

En lo que respecta a estas sanciones, pueden hacerse dos observaciones. En primer lugar, cuando es dictada la sanción de amonestación con publicación, si el fallo – y el caso es frecuente- no precisa las condiciones de esta publicación, estas son dejadas a discreción de los organismos de seguridad social, lo que constituye una prerrogativa exorbitante y genera gran variabilidad en la ejecución de esta pena. En segundo lugar, podemos observar que en los procesos judiciales del control técnico no existe la posibilidad de levantarle al médico la prohibición permanente de prestar cuidados a los asegurados sociales después de cierto plazo (respecto a la posibilidad de levantarle al médico la expulsión dictada en disciplina general, v. *supra*, cap. I, III, B). A este respecto, sería deseable que – como es en el caso de la expulsión, en el ámbito de disciplina general – al término de tres años le sea dada al interesado la posibilidad de obtener un levantamiento de la prohibición permanente de prestarle cuidados a los asegurados sociales.

CONCLUSIÓN

(En forma de perspectiva)

A pesar de ciertos aportes que derivan de las disposiciones de la ley del 4 de marzo de 2002, permanecen en suspenso numerosos problemas en el ámbito de la responsabilidad médica, y subsisten numerosas dificultades; la situación actual no es satisfactoria ni para los pacientes ni para los médicos.

En lo concerniente a los procesos judiciales de derecho común, los pacientes, por su parte, se enfrentan a problemas de prueba: el acceso al expediente médico está lejos de ser sencillo, el peritaje es costoso, las conclusiones de los peritos son a menudo demasiado equívocas; cuando el daño sobreviene en el seno de una estructura de ejercicio colectivo a menudo les es difícil situar el origen del daño; por último, en el contexto de una responsabilidad en principio expresamente fundada en la culpa, el juez generalmente se ve llevado a otorgarle a esta culpa un significado que la vacía de su sustancia con el solo objetivo de no dejar sin indemnización a la víctima de un rechazo o una receptividad particular; desde este punto de vista, los jueces tienden a asimilar el simple error –el que todo buen profesional normalmente diligente puede cometer porque, como todo hombre, es falible – con la culpa, lo que constituye una considerable deformación de conceptos. En lo concerniente a los médicos, sin dudas el riesgo de demandas es bastante reducido (*supra*, Introducción); pero cuando se produce deja considerables secuelas humanas – ya que para las consecuencias patrimoniales intervienen los seguros -, sobre todo cuando el paciente opta por ejercer su acción ante los tribunales penales (y esto incluso en ausencia de toda condena).

Sin duda, la ley del 4 de marzo de 2002 estableció un mecanismo destinado a hacer más fácil para los pacientes la indemnización del daño: el procedimiento de mediación. Sin embargo, aun cuando es simple ponerlo en práctica, este mecanismo es de acceso demasiado limitado, en la medida en que sólo los daños más graves son competencia de las comisiones regionales de indemnización de accidentes médicos (*supra*, título I, cap. III y cap. IV, sección 3, III). Además, las disposiciones que derivan de esta ley no hicieron más que agregar, a los procedimientos de derecho común ya existentes, un procedimiento específico, de acceso, por lo demás y como ya lo dijimos,

muy limitado, dejando subsistir, a través de las diferentes acciones de que disponen las partes y la Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos, los procesos judiciales complejos, costosos y a menudo inútiles, que conoce el derecho común de la responsabilidad médica.

Parece entonces indispensable investigar si el sistema actual, incluso modificado por los aportes de la ley del 4 de marzo de 2002, puede ser mejorado y de qué manera.

El mejoramiento buscado podría consistir en modificaciones que se refieran a los problemas puntuales más agudos (A); con una visión más ambiciosa podría consistir en una modificación radical del sistema (B).

A – Modificaciones puntuales del sistema actual

No hay dudas que modificaciones puntuales al sistema existente actualmente producirían un perceptible mejoramiento de las dificultades más graves. Desde este punto de vista, ciertas modificaciones fueron sugeridas en los años 1980 por una comisión de estudio constituida por iniciativa del ministro de justicia y presidida por el consejero Mac Aleese. Las modificaciones previstas concernían esencialmente al ejercicio de la acción y a la prueba; es verdad que estas comenzaron a ser ejecutadas, pero mucho quedaría por hacer.

En lo concerniente al ejercicio de la acción, habría que liberar la acción civil de la acción penal, unificar los procesos judiciales privados y administrativos, reducir el plazo de prescripción, lo que, es cierto, acaba de ser hecho por la ley del 4 de marzo de 2002.

La manera más radical de liberar la acción civil de la acción penal sería decidir que la acción civil en ningún caso puede ser ejercida ante los tribunales penales (vimos que actualmente puede serlo siempre que el daño haya sido causado por una infracción; ahora bien, todo daño corporal causado por culpa del médico constituye necesariamente una infracción de lesiones o un cuasidelito de homicidio). En el estado actual del derecho francés, tal proposición es completamente utópica. En efecto, no se puede pretender limitarla al ámbito de la responsabilidad médica; ahora bien, su aplicación generalizada tropezaría con obstáculos infranqueables en el estado actual

de las opiniones y de la técnica jurídica: se considera que la posibilidad de la víctima de recurrir a los tribunales penales mediante su acción civil (lo que sabemos pone automáticamente en movimiento la acción pública) constituye el contrapeso que equilibra el principio de oportunidad de que dispone el ministerio público.

Sin embargo, a este respecto hay que señalar que el abandono de la identidad de las culpas civiles y penales (*supra*, título II, cap. II, I, A) es apto para liberar la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, lo que constituye, por menos radical que sea, una notable mejoría.

La repartición de los procesos judiciales entre los tribunales administrativos (por los actos realizados en el sector público) y los tribunales ordinarios (por los actos realizados en el sector privado), incluso si las diferencias de fondo prácticamente desaparecieron, se mantiene como fuente de grandes dificultades en cuanto a la determinación del origen del daño y al ejercicio de la acción cuando un médico del sector público realiza, tal como la ley le da la posibilidad, al interior de ese sector un acto de naturaleza privada.

Entonces sería deseable unificar estos procesos judiciales confiándoselos completamente al juez ordinario. Desde luego, podemos objetarle a esta propuesta que la solución preconizada atentaría contra el principio de separación de poderes, principio que prohíbe al juez ordinario juzgar el accionar de la administración. Pero la objeción no es determinante, en la medida en que la solución propuesta tiene dos notables precedentes: por una parte, la ley del 31 de diciembre de 1957 le otorga competencia a los tribunales ordinarios para conocer las acciones de reparación por los daños de cualquier naturaleza causados por un vehículo cualquiera, incluidos los vehículos de la administración; por otra parte, el artículo L. 1126-7 del Código de Salud Pública le otorga competencia al Tribunal de Gran Instancia³⁶ para conocer las demandas de indemnización por las consecuencias dañosas de una investigación biomédica en la persona que se presta a ella, siendo el promotor una persona privada

³⁶ N. del T: En Francés, *Tribunal de Grande Instance*. Son los tribunales comunes en materia civil y que tienen competencia general para conocer todos los asuntos que la ley no confía a otro tribunal.

V. Sitio de Ministerio de Justicia francés,
<http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/tribunal-de-grande-instance-12034.html>

o una persona pública. En los dos casos, el objetivo de estas disposiciones es evidente: simplificar y unificar los procesos judiciales propios de la reparación y en consecuencia evitar que los derechos de las víctimas sean apreciados de diferente manera por tribunales de diferente naturaleza. ¿Por qué no podríamos adoptar idéntica solución, justificada por el mismo objetivo, en un ámbito a lo menos igual de sensible que el de los accidentes de tránsito: el de los accidentes médicos, al que, por lo demás, pertenece la segunda excepción?

En este contexto, la reducción y unificación del plazo de prescripción realizado por la ley del 4 de marzo de 2002 (*supra*, título I, cap. IV, sección I, IV) constituye una notable mejora.

A lo largo de lo anteriormente expuesto vimos cuán difícil es para el paciente, en los procesos judiciales de derecho común, aportar la prueba de la culpa y de la relación de causalidad: dificultad de acceso a los documentos, oscuridad o incertidumbre del informe pericial, sin hablar de su costo; de esto deriva un sentimiento difuso de que los médicos o los establecimientos “esconden la verdad” o por lo menos “algo”; de ahí que se recurra al juez penal, cuyos poderes de investigación son bastante más extensos que los del juez civil, y que a veces también se recurra al juez disciplinario, con la esperanza de que sea la propia profesión la que haga su tarea. Para intentar remediar este estado de cosas, se han hecho esencialmente dos propuestas: instituir una conciliación, proceder a la codificación de las normas técnicas.

La institución de un conciliador fue una de las propuestas de la Comisión Mac Aleese. Obviamente, la idea era favorecer la mediación de diferendos relativos a la responsabilidad médica, pero antes que nada era privilegiar la información de los pacientes, con la finalidad, en consecuencia, de impedir el surgimiento de un proceso judicial. Esta propuesta se concretó en 1981 mediante un decreto que instituyó los conciliadores médicos. Hay que reconocer que este decreto, anulado en 1989 por el Consejo de Estado, fue un completo fiasco: se mantuvo como letra muerta hasta su anulación. La idea fue retomada en una moción parlamentaria de 1986; esta no llegó a ningún resultado. En realidad, el rol del conciliador va a ser verdaderamente eficaz sólo si es dotado de extensos poderes de investigación, prácticamente iguales a los del juez de instrucción. ¿Es esto irrealizable? El procedimiento de conciliación ante las

comisiones regionales (título I, cap. IV, sección 3, III, B) de accidentes médicos no parece apto para responder a esta pregunta.

Para sus promotores, la codificación de las normas técnicas tendría la ventaja de constituir una protección contra la arbitrariedad del juez y la subjetividad de los médicos a los cuales se les confían los peritajes; a lo que se responde que la evolución rápida e incesante de las técnicas y las ciencias médicas volvería rápidamente obsoleta, y por lo tanto, inutilizable tal codificación. Es sin duda alguna esta última opinión la que está en lo cierto.

En definitiva, por importantes que sean y suponiendo que pudiesen realizarse, las modificaciones propuestas dejarían subsistiendo muchas dificultades; y en cualquier caso, no aportarían ninguna solución al problema de la indemnización del riesgo médico. Es por esto que otras propuestas más radicales tienen por objeto sistemas de indemnización fundados en la existencia y consideración de este riesgo, y es lamentable que en el 2002 el legislador haya dejado escapar la oportunidad de reformar más radicalmente el ámbito de la indemnización de daños derivados del riesgo médico.

B – Modificaciones radicales del sistema actual: la garantía del riesgo médico

Los sistemas que buscan la garantía del riesgo médico son propuestos: ya sea a título principal, e implican entonces un replanteamiento completo del sistema actual; como a título complementario, y en este caso la conmoción es bastante menos profunda.

La garantía del riesgo médico como sustituto de la responsabilidad por culpa existe actualmente en Francia sólo a título de propuesta doctrinal. Esta propuesta tiene sus fuentes en una obra fundamental de la profesora Viney. En esta obra, la autora demuestra de manera positiva que la complejidad técnica de las actividades modernas conduce a dejar de considerar cada daño “como un fenómeno independiente, en cierta forma único en su género, y cuyas particularidades precisamente determinan las reglas de indemnización”, sino que al contrario, conduce a unir los daños con “categorías de hechos, objetos o actos que son considerados como las fuentes naturales”. Uniendo

esta tendencia con la existencia de mecanismos colectivos de garantía, la autora propone, entonces, para designar al que en principio debe responder por la reparación, sustituir la culpabilidad individual concomitante al daño por “una calidad anterior al daño y apta para otorgarle a quien se le aplica, la posibilidad de hacer cubrir la fuente de los riesgos de donde proviene el daño de que se trata, por un organismo de indemnización colectiva”. Esto supone una doble condición: que el daño provenga estrictamente de una fuente de riesgos determinada y que un mecanismo de garantía colectiva, obligatorio o facultativo, esté a disposición del agente. Dicho de otra forma, se trata de asegurar la reparación del daño causado por la fuente de riesgos, considerada independientemente de la determinación de culpabilidad individual del agente del daño. Obviamente, aún hace falta que se establezca, al menos con una fuerte probabilidad, que el daño efectivamente proviene de esa fuente de riesgos; lo que en medicina no deja de suscitar dificultades.

En Francia, el profesor Tunc fue el primero en hacer propuestas concretas tendientes a establecer tal sistema. En efecto, es innegable que la actividad médica responde a los criterios señalados por la profesora Viney: constituye una fuente de riesgos cuya garantía colectiva puede ser asegurada por el conjunto de la profesión, es totalmente posible asegurar la indemnización de los daños anormales causados por la actividad médica sin buscar la culpa.

Sin embargo, es forzoso reconocer que por ahora estos estudios se quedarán en el ámbito de la doctrina, y que las propuestas que han sido hechas no han tenido consecuencias en el derecho positivo; y no es el avatar constituido por la ley del 4 de marzo de 2002 lo que puede contradecir esta afirmación. Por una parte, los aseguradores se mantienen muy escépticos producto de tres críticas principales: 1) la determinación de los casos – los daños anormales a distinguir de los daños inevitables, en consideración a la afección en cuestión – para los cuales la garantía debe aplicarse será extremadamente delicada, 2) el costo del sistema será considerable, 3) tal sistema corre el riesgo de originar una actitud de negligencia generalizada de los médicos. Por otra parte, a pesar de la presentación, a partir de 1976, de más de veinte mociones parlamentarias, de varios informes y el estudio de tres anteproyectos de ley, el legislador no se hizo nunca cargo del problema, salvo con ocasión de la ley del 4 de marzo de 2002, de la cual ya dijimos cuál es su verdadera naturaleza.

En realidad, en este caso las críticas de los aseguradores no son de ninguna manera convincentes y más bien parecen artilugios. Por una parte, el derecho comparado – podemos citar el ejemplo sueco – muestra que las dificultades invocadas: determinación de los daños reparables, costo, dejadez de los médicos, no son de ninguna manera insuperables. Por otra parte, y esto prolonga el primer punto, para refutar esta observación, contentarse con decir, sin emprender ningún estudio estructurado, que Francia no es Suecia, es una argumentación un poco débil.

Entonces hay que desear que los interesados, profesionales y aseguradores, estudien concretamente cómo tal sistema podría ser establecido y administrado y, sobre todo, que lo hagan sin ideas preconcebidas, sin ninguna presuposición: se han hecho propuestas, existen ejemplos; hay que hacer la síntesis y sacar las consecuencias concretas. Uno de los más autorizados autores, el profesor Durry, se preguntaba sobre el particular y se declaraba inclinado a pensar si “no habría llegado el momento, para el legislador, de sustituir la culpa, cuya aplicación a veces tiende a ser una lotería, por otro factor de atribución de indemnizaciones a los pacientes: el que estaría constituido por la noción de “accidente médico”.

Ya que hay que concluir, le bastará al autor de estas líneas indicar que desea la instauración de un sistema de reparación fundado en el riesgo médico, que sustituya pura y simplemente al régimen actual fundado en la culpa, incluso provisto de los procedimientos establecidos por la ley del 4 de marzo de 2002, la que sólo fue una forma de ocultar sus imperfecciones.

Leer también

-Byk C., “L’existence d’“un modèle scandinave” d’indemnisation sans faute de l’aléa thérapeutique nuit-elle à l’harmonisation du droit européen?” Manuel des commissions régionales de conciliation et d’indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales” Les études hospitalières 1994, p. 43

-Durry G. “La responsabilité civile du médecin en droit français”, Jornadas de la sociedad de legislación comparada, años 1987-1988, p. 195

-Hellner, "The Swedish System", in Medical responsibility in Western Europe, Springer Verlag

-Lambert-Faivre Y., "L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida: hier, aujourd'hui et demain" RTV civ., 1993.1 y ss.

-Penneau J., Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, 2^a parte, LGDJ, 1973

-Tunc A., La responsabilité civil du médecin, 2^o Congreso internacional de moral médica, t.I, París, 1966, p. 23

-Viney G., Le déclin de la responsabilité individuelle, LGDJ, 1965

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Accidente médico > 38, 101,132
Acción civil > 18,19, 45, 77, 78, 100 y s.,
127
Acción disciplinaria > 102 y s.
Acción pública > 46, 78, 101
Acción subrogatoria > 48, 91, 92
Acto de cuidado > 54
Acto médico > 54
Actos de violencia > 96 y s.
Afecciones iatrógenas > 84, 86
Amnistía > 120
Anestesiista > 13 - 66
Asistencia educativa > 29
Atentado involuntario a la
integridad de la persona > 100 y s.
Atentado voluntario a la
integridad de la persona > 93 y s.
Atentado voluntario
a la vida > 95 y s.
Auxiliares médicos > 32, 53

C

Caducidad Cuadrienal > 78
Causalidad > 34 y s., 53, 82 y s. 107 y s.
Causalidad parcial > 38
Cirugía dental > 15, 16
Cirugía estética > 8, 15, 23-24, 96
Cirugía reconstructiva > 24
Clínicas abiertas > 49 y s.
Clínicas privadas > 51 y s.
Comisión Nacional de

Accidentes Médicos > 85 – 86
Comisión Regional de Accidentes
Médicos > 84 – 85
Competencia > 42 y s., 77, 83-84, 111,
114, 124
Conciliación > 92 -93, 129
Conciliador > 129
Consejo regional > 111, 114
Consentimiento > 23 y s., 46
Consolidación > 77
Contrato > 13 y s., 61 y s., 65 y s.
Contrato de hotelería > 61 y s.
Contrato nulo > 18
Cuasidelito de homicidio > 28
Culpa > 22 y s., 53 y s., 105 y s.
Culpa calificada > 106
Culpa caracterizada > 34
Culpa del paciente > 35
Culpa disciplinaria > 119, 124
Culpa penal de
imprudencia > 100, 103
Culpa personal > 35, 45 y s.
Culpa leve > 22
Culpa técnica > 30 y s., 80 y s.
Culpa virtual > 80 - 81
Cúmulo de sanciones disciplinarias > 124
D
Deber general de vigilancia > 68 y s.
Decisión previa > 44
Deficiente funcionamiento del servicio >
54

Deficiente organización del servicio > 54
Diagnóstico > 31
Dictamen (Comisiones regionales) > 90
Disciplina general > 112 y s.
Donación de sangre > 18

E

Elementos del cuerpo humano > 16, 26
Equipo > 65 y s.
Ergoterapia > 56 – 57
Error > 126
Establecimiento de salud > 42 y s.
Establecimiento de salud público > 42 y s.
Establecimiento de salud privado > 61 y s.
Establecimientos psiquiátricos > 56 y s.
Estado anterior > 33
Esterilización quirúrgica > 96
Eutanasia > 97
Evasión > 58
Expulsiones > 113, 121
Extracción de órganos > 27, 54, 79, 96, 98

F

France-Hypophyse > 73

G

Gametos > 79
Garantía colectiva > 131
Gestión de negocios > 18
Grupo > 65 y s.

H

Hecho ajeno > 67
Hecho de las cosas > 32 y s.
Humanismo médico > 22 y s.

I

Interrupción voluntaria del embarazo > 24,

27, 96
Investigaciones biomédicas > 17, 24, 59, 77

L

Levantamiento de la expulsión > 119, 125

M

Mediación > 84 y s.
Medicina del trabajo > 19
Medicina de control > 19
Médicos asesores de la seguridad social > 115
Médicos asalariados > 63
Médicos de hospitales públicos > 46 y s., 52-53
Menores > 27

N

Nacimiento de un niño > 33, 53
Naturaleza contractual > 13 y s.
Naturaleza extra-contractual > 18 y s.
Niño con invalidez > 33
Normas técnicas (codificación) > 129

O

Obligaciones de medio > 15 y s.
Obligaciones de resultado > 16 y s.
Oferta transaccional > 84, 87, 90
Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos > 86 - 87
Orden Nacional de Médicos > 111 - 112

P

Paciente inanimado > 18
Partes en la instancia disciplinaria > 114 y s.
Pérdida de oportunidades > 34, 36 y s., 53, 82, 107
Peritajes > 82 y s., 87-90, 129, 130

Peritos > 87 y s.
 Perjuicio > 33 y s., 53
 Perjuicio por rebote > 20
 Prescripción > 21, 60, 77, 78, 89, 101, 120, 124, 129
 Presunción de causalidad > 55, 56
 Procesos > 8
 Procesos (unificación) > 128 - 129
 Procesos judiciales del control técnico > 111, 125
 Productos del cuerpo humano > 16, 26, 98
 Prótesis dental > 17
 Prueba > 20, 24, 34, 50, 62, 78 y s., 129
 Puesta en práctica > 60 y s., 75 y s.

R

Rechazo a los cuidados > 26, 28 - 30
 Reemplazo > 65
 Reglas del arte > 30
 Remisión condicional > 120, 121
 Reparación > 11
 Reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios > 12 y s., 72 y s.
 Responsabilidad civil > 12 y ss.
 Responsabilidad disciplinaria > 111 y ss.
 Responsabilidad penal > 94 y ss.
 Responsabilidad sin culpa > 58 y ss.
 Riesgo médico > 130 - 132
 Riesgos sanitarios > 72 y s.

S

Salida > 58
 Salida de prueba > 60
 Sanciones disciplinarias > 120, 124, 125
 Sangre humana > 16, 18, 26, 59, 79
 Sección de los seguros sociales > 111, 123 y s.
 Sección disciplinaria del Consejo Nacional > 111, 118
 Sector privado > 48 y s.
 Seguros > 8, 48, 71, 75, 85, 126
 Servicio Público > 48 y s., 60 y s.
 Sociedades civiles profesionales > 71, 76
 Sociedades de ejercicio libre de forma comercial > 70
 Solidaridad nacional > 70 y s., 75 y s., 86, 91
 Suicidio > 56, 57, 64, 99
 Suspensión de ejercicio > 112

T

Terceros > 32
 Torpeza > 105
 Transexualismo > 99
 Transfusión sanguínea > 16, 52, 59
 Tratamiento > 10, 23, 31, 36

V

Vacunaciones > 55, 59
 Vigilancia > 32, 63

TABLA DE MATERIAS

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR	2
INTRODUCCIÓN	8
TÍTULO	12
Responsabilidad civil y reparación de las consecuencias de riesgos sanitarios	
CAPÍTULO I	13
Responsabilidad y práctica individual	
Sección 1	13
Naturaleza jurídica de la responsabilidad Médica	
I. Principio: Naturaleza contractual	13
A. Obligación de medios	15
B. Obligación de resultado	16
II. Excepción: Naturaleza extracontractual	18
A. Respeto del paciente	18
B. Respeto de terceros	20
III. Interés de la institución	20
Sección 2	21
Condiciones de la responsabilidad médica	
I. El hecho dañoso	22
A. la culpa	22
B. El hecho de las cosas	32
II. El perjuicio	33
III. La causalidad	34
A. Reglas de derecho común	35
B. Pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir	36
C. Relación causal y falta de información	38
CAPÍTULO II	42
Responsabilidad y práctica colectiva	

Sección 1	42
Ejercicio en un establecimiento de hospitalización	
I. Ejercicio en establecimiento hospitalario público.....	42
A. Competencia.....	42
B. Condiciones de la responsabilidad.....	53
C. Puesta en práctica.....	60
II. Ejercicio en establecimientos privados de salud.....	61
A. Responsabilidad de los establecimientos privados de salud.....	61
B. Responsabilidad de los médicos.....	64
Sección 2	65
Ejercicio en un equipo o en un grupo médico	
I. Responsabilidad en el seno del equipo.....	66
A. Contrato único: el del jefe del equipo.....	67
B. Pluralidad de contratos: los del jefe y del miembro del equipo.....	67
C. Deber general de vigilancia del jefe del equipo.....	68
II. Responsabilidad en el seno de las sociedades de ejercicio.....	70
 CAPÍTULO III	 72
Reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios a título de la solidaridad nacional	
 CAPÍTULO IV	 75
Puesta en práctica de la responsabilidad médica y de la reparación a título de la solidaridad nacional	
Sección 1	75
Condiciones generales	
I. Responsabilidad personal.....	75
II. Seguro de responsabilidad.....	76
III. Competencia.....	77
IV. Prescripción.....	78
Sección 2	78
Problemas de prueba	
I. Prueba de la información y del consentimiento.....	78
II. Prueba de la culpa técnica.....	80

III. Prueba de la relación de causalidad	82
Sección 3	84
Mediación de los litigios	
I. Órganos	84
A. Comisiones regionales	84
B. Comisión nacional de accidentes médicos	85
C. Oficina nacional de accidentes médicos	86
II. Peritos en accidentes médicos	87
III. Procedimientos que tienden a la indemnización del daño	89
A. Procedimiento de mediación	89
B. Procedimiento de conciliación	92
 TÍTULO II	 94
Responsabilidad penal	
 CAPÍTULO I	 95
Atentado voluntario a la vida y a la integridad de la persona	
I. Atentado voluntario a la vida (homicidio)	96
II. Actos de violencia	98
 CAPÍTULO II	 100
Atentado involuntario a la vida y a la integridad de la persona	
I. Principios generales	100
A. Constitución del paciente en parte civil	100
B. Abandono del principio de identidad de las culpas civiles y penales de imprudencia	103
II. Apreciación de la culpa	105
III. Apreciación de la relación de causalidad	107
 TÍTULO III	 111
Responsabilidad disciplinaria	
 CAPÍTULO I	 112
Disciplina general	

I. Contexto general.....	112
II. Reglas de procedimiento.....	113
A. Competencia.....	114
B. Partes en la instancia.....	114
C. Desarrollo de la instancia.....	117
D. Recursos.....	118
III. Reglas de fondo.....	119
A. Hechos punibles.....	119
B. Sanciones.....	120
IV. Recursos ante el Consejo de Estado.....	121
CAPÍTULO II.....	123
Los procesos judiciales del control técnico	
I. Reglas de procedimiento.....	123
II. Reglas de fondo.....	124
CONCLUSIÓN (En forma de perspectiva).....	126
A. Modificaciones puntuales del sistema actual.....	127
B. Modificaciones radicales del sistema actual: la garantía del riesgo médico.....	130
ÍNDICE ALFABÉTICO.....	134
TABLA DE MATERIAS.....	137