

**LA REFORMA
DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:
¿RESPONSABILIDAD O SEGURO?**

**JORGE MOSSET ITURRABE
ÁTILIO ANIBAL ALTERINI ***

**1. PROFESIONES LIBERALES. RESPONSABILIDAD MÉDICA.
CÓDIGO CIVIL ARGENTINO**

En la República Argentina las notas más sobresalientes, en el tema de la responsabilidad profesional de los médicos por casos de mala práctica, son las siguientes:

a) La responsabilidad de los prestadores de servicios profesionales —abogados, médicos, ingenieros, escribanos, etc.— no está contemplada expresamente en el Código Civil, cuya data es de 1871, sin reformas en esta materia.

b) Hasta aproximadamente la década del 50 privaba su ubicación como un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana, con base en el art. 1109 del Cód. Civil, que condena a reparar a todo aquel que por su culpa causa un daño a otro.

c) No se consideraba que entre el profesional y el cliente era celebrado un contrato de servicios, del cual nacían derechos y deberes para ambas partes; predominaba la consideración de la actividad profesional como una "función" ajena al consentimiento o acuerdo de partes.

d) Como una consecuencia de esta calificación de "responsabilidad extracontractual" toda la carga de la prueba se

* Profesores titulares de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Esta comunicación fue presentada, como relatores argentinos, al XIII Congreso de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Montréal (Québec, Canadá), agosto de 1990.

colocaba sobre las espaldas de la víctima, quien debía probar la autoría del daño, el obrar antijurídico, la imputabilidad y la relación de causalidad.

e) Por lo demás, responsabilizar a los denominados "profesionales liberales", prestadores de servicios con título universitario, figuras rectoras dentro de la sociedad de entonces —últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX—, era algo que se presentaba como anormal, ilógico, excesivo o injusto.

f) De ahí que se hiciera hincapié en la "culpa profesional", como algo diferente de la "culpa común", que debía ser, por una parte, una "culpa grave", y, por lo demás, basarse en errores gruesos, máximos, intolerables y extraños al "quehacer científico".

g) Se predicaba que respecto del actuar de estos profesionales debía emitirse casi exclusivamente un "juicio ético", a cargo de tribunales especiales, formados por sus pares o colegas en la profesión; y que las sanciones, lógicamente, debían tener ese carácter, morales o deontológicas, y consistir en llamados de atención, amonestaciones, suspensiones, etcétera.

h) Se negaba a los "jueces ordinarios" idoneidad para conocer en las cuestiones científicas o técnicas que se originaban en los daños nacidos de una prestación incorrectamente cumplida.

i) Se consideraba, asimismo, que su intromisión en áreas propias de un saber específico, extraño al derecho, podía acarrear frenos o limitaciones en el ejercicio profesional, debido al temor lógico que nace del juzgamiento por un extraño; y de ahí que se anticipaba que el avance de la responsabilidad profesional traería aparejada una "actividad a la defensiva", más preocupada por las sanciones que por el avance del saber.

j) En lo específico de la medicina, se exageraba el carácter experimental, de saber en formación, con grandes zonas grises o desconocidas, que hacían que la prestación del servicio tuviera un carácter aleatorio muy marcado, sometido a vicisitudes desconocidas.

2. Cuartros

El cuadro, expuesto a través de pinceladas gruesas, típicas del siglo XIX, fue cambiando poco a poco, con base en los siguientes logros:

a) La toma de conciencia acerca del acuerdo que está en la base de las prestaciones de servicios profesionales, al menos como regla.

b) Dicho acuerdo lleva a la calificación de la responsabilidad como contractual, a la vez que hace aplicable la regulación sobre las obligaciones de hacer, mostrando al cliente como acreedor de un hacer específico, "del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara", y al profesional como deudor de ese hacer.

c) De donde resulta que la prueba del cumplimiento, hecho positivo, corre por cuenta del profesional-deudor, siendo suficiente para el cliente-creedor, la demostración de su título a la prestación debida, que no es otro que el contrato celebrado.

d) Y de conformidad con la doctrina clásica, la no prueba del cumplimiento por el profesional-deudor, permita extraer la presunción de una culpa en el obrar; inferencia cuya destrucción, sólo posible con la prueba del caso fortuito, corre por cuenta del profesional.

e) Por lo demás, el avance de un derecho democrático e igualitario es incompatible con el mantenimiento dentro de la comunidad de personas privilegiadas con la inmunidad o irresponsabilidad en el obrar, por más calificado que sea el servicio a su cargo; nadie escapa en el Estado moderno al principio de responsabilidad por las consecuencias de su obrar dañoso.

f) Se enfatiza acerca del distingo entre los campos de la moral y del derecho; entre los reproches de conciencia y aquellos que se originan en el obrar frente a otro, que es lo típico del ámbito jurídico; como una consecuencia, se marca la diferencia entre los "tribunales de ética" y los de "responsabilidad civil", a cargo de miembros del estamento profesional, los primeros, y a cargo de "jueces naturales", los segundos.

g) Se pone el acento, igualmente, en la situación de la víctima, a la cual no se satisface en sus perjuicios con sanciones éticas, sino por el camino de la indemnización o resarcimiento.

h) Se descarta que pueda aludirse a una "culpa profesional", como distinta de la culpa común; ya sea que la diferenciación pretenda apoyarse en la gravedad, o ya fuere con apoyo en los hechos que se juzgan como equivocados; y no sólo se admiten las culpas graves y las leves, sino que se señala, con razón, que "cuanto mayor es el deber de obrar con

prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la responsabilidad que se sigue de las consecuencias posibles de los hechos".

i) Para todas las profesiones, en general, y para la medicina, en especial, se señalan "caminos ya conquistados", saberes afianzados o logrados, cada vez mayores en número e importancia, que hacen que los aspectos experimentales o que "las aventuras" tengan ámbitos muy limitados; y el desconocimiento de esa ciencia o de esa técnica o de ese arte profesional, es inexcusable.

j) Y un juzgamiento semejante no puede escapar a los jueces naturales, autorizados a recurrir a los medios de prueba que estimen conducentes a la averiguación de la verdad; sea cual fuere el tema en debate, con el asesoramiento de peritos o expertos, cuyos dictámenes someterán a la sana crítica.

k) Por lo demás, los hombres de derecho hemos aprendido a valorar argumentos, a juzgar sobre las excusas o pretextos, y así como sabemos de la reacción desfavorable que todo discurso sobre responsabilidad apareaja para sus destinatarios, sabemos del "tremendismo" que se sigue como reacción, con amenazas de cierres, abandonos, desinterés, etcétera.

3. ESTADO DE ESA RESPONSABILIDAD EN ARGENTINA A PARTIR DEL DISTINGO ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

El paso de una "responsabilidad aquiliana" a una "responsabilidad contractual", de una eufemística a otra real, no fue aceptado sin grandes reservas y, a la vez, puso a los abogados defensores de la irresponsabilidad profesional a la búsqueda de argumentos o argucias destinados a borrar o al menos paliar ese avance; en esa línea destacamos:

a) Como un hecho sobresaliente en la doctrina y jurisprudencia argentinas, la recepción casi ex profeso o muy en especial para esta cuestión, de la doctrina de las obligaciones de medio y de resultado, distinguió expuesto treinta años antes, en Francia, por Demogue.

b) Se parte de la consideración de la gran mayoría de los servicios profesionales —y muy en particular de los servicios médicos— como meras obligaciones de medio; se afirma que el profesional no está obligado a un "resultado final"

-ganar el pleito, sanar al paciente, etc.-, sino a poner su actividad al servicio de ese objetivo.

c) Se destaca, asimismo, que en múltiples casos el resultado final puede ser negativo, inconveniente o perjudicial, pese a que el profesional "hizo lo que estaba de su parte hacer", por mediar circunstancias extrañas o fortuitas que no está en sus manos controlar.

d) Que calificar al hecho de la muerte del paciente, o de su agravación o incapacidad, o a la pérdida del pleito, como "incumplimientos", resulta a la vez que excesivo, injusto. Y lo mismo ocurra con la consecuencia, que no es otra que presumir la culpa del profesional.

e) Que aunque se ubique la cuestión en el terreno contractual, la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad, entre ellos el incumplimiento, la antijuridicidad, la culpa y la relación causal, debe mantenerse a cargo del cliente, puesto que el profesional sólo se obliga a colocar los medios para conseguir un resultado beneficioso o positivo.

f) Que el profesional cumple demostrando, en el caso del médico, que intervino al paciente, si se trata de un cirujano obligado a un quehacer quirúrgico; o que lo trató, visitó y medicó, en el caso de un médico clínico.

g) Que quien afirma la "culpa" como hecho constitutivo de la situación de responsabilidad, a la vez hecho positivo, debe probarla; que al profesional no le cabe demostrar sino su prestación de hacer, en términos genéricos, porque, reiteramos, ésa es su única obligación nacida del contrato.

4. JURISPRUDENCIA

Aunque resulta difícil creerlo, puesto que se trata sólo de un distingo doctrinario, sin mayor sustento o apoyo en la letra de la ley, en las últimas décadas, desde el '60 en adelante, los tribunales argentinos se volcaron mayoritariamente a favor del criterio antes expuesto, con las consecuencias siguientes:

a) La responsabilidad profesional palideció o afeitó en su función ejemplarizadora, puesto que los jueces rechazaron la gran mayoría de las pretensiones sometidas a su juzgamiento; de ahí que, sin exageraciones, proliferó en la Argentina la mala práctica profesional, cubierta con un velo de impunidad.

b) Lo apuntado equivale a un "dejar hacer" de parte del ordenamiento jurídico, una impotencia tremenda de parte de los juristas puestos en la defensa de las víctimas, y una sensación de injusticia sin remedio o solución de parte del hombre común, del ciudadano dañado por la mala práctica.

c) La prueba de la culpa se constituyó, en la mayoría de los casos, en una prueba diabólica; en lo que hace a la actividad médica, el quehacer del cirujano quedaba protegido por el "secreto del quirófano", y el del médico clínico, por el cumplimiento en abstracto de actos médicos.

d) A lo dicho se agregó una sobrevaloración de la prueba pericial, a cargo lógicamente de uno o más de los médicos, de la cual, se sostiene, el juez no puede apartarse sin elementos definitivos; e, igualmente, una confusión en los roles, que hizo que los peritos médicos, en casos abundantes, cedieran al "espíritu de cuerpo" o solidaridad con el colega.

e) Los profesionales demandados se colocaban en una actitud negativa o reticente; se "cruzaban de brazos", esperando que el actor demostrara la responsabilidad; ninguna carga probatoria se ponía sobre sus espaldas, toda ella pesaba exclusivamente sobre el cliente dañado.

f) La confusión acerca de la causa productora del daño o la mera invocación de la pluralidad de causas fueron en innumerables casos argumentos suficientes para el rechazo de la pretensión resarcitoria.

g) Se volvió, aunque indirecta y eufemísticamente, a una "culpa profesional" o, en lo médico, se puso el acento en la libertad profesional en aras del avance de la ciencia.

5. El Proyecto de 1987

La reacción contra este estado de cosas, que puede decirse que es el estado actual, en 1990, la encontramos en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, con media sanción legislativa. El Proyecto no consagra una solución caprichosa, sino la que venía reclamando, de tiempo atrás, la mejor doctrina argentina:

a) Se comienza reconociendo la problemática en un texto expreso, el art. 1625, cuyo encabezamiento reza: "Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas"; se siente la necesidad de pasar de una no regulación a una con-

templación expresa, por la vía correspondiente, o sea la legislativa, restando trascendencia a las especulaciones doctrinarias.

b) Se continúa destacando que la cuestión debe regirse por las normas del Código Civil —y no por una distinción teórica, como la propuesta por Demogue—, siendo las reglas aplicables las expuestas con motivo de las obligaciones de hacer, arts. 625 y 626, que refieren a cómo debe cumplirse el hecho prometido: “del modo que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara”.

c) Se sienta una regla general para “caso de controversia”, en las disputas entre profesionales y clientes, y se contemplan, a renglón seguido, dos situaciones excepcionales. La regla es: “queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado ‘sin culpa’, en los términos del art. 314”.

d) De esta regla, de máxima importancia, se sigue que, probado por el paciente su derecho a la prestación y el daño padecido, se presume el incumplimiento; el médico debe demostrar, para liberarse de responsabilidad, que empleó en el caso la diligencia exigible, de acuerdo con la índole de la obligación.

e) De donde resulta que la carga de la prueba se reparte entre actor y demandado, paciente y médico: cada uno debe “demostrar lo suyo”, aquello para cuya presentación se encuentra en situación más favorable, que le resulta más fácil traer a juicio.

f) En rigor de verdad el médico debe probar que hizo “lo que debía hacer en el caso”, de acuerdo con el estado de la ciencia y la dedicación que le es exigible a quien tiene en sus manos la salud de un paciente; nadie sino él puede aportar esta demostración, de hechos que son, a la vez, positivos y eximentes.

g) Las excepciones están dadas por las hipótesis en que el profesional promete, por estar en condiciones para ello, un “resultado determinado”; y también por los servicios que emplean técnicas en “estado de experimentación”.

h) Para el primer supuesto —que no implica volver al dístico entre “obligaciones de medio y de resultado”— se establece que la liberación del profesional sólo se logrará “demostrando la incidencia de una causa ajena”; ello equivale a sostener que asumiendo el profesional los riesgos de su gestión, sólo se exime con la demostración del caso fortuito, o sea de un hecho exterior a él, que ha desencadenado las consecuencias perjudiciales, imprevisibles e irresistibles.

i) Y respecto al uso de técnicas en estado de experimentación, se decide que debe ir precedido de una información tal que permita un asentimiento ilustrado, formándose así un verdadero y libre "consentimiento" de partes.

6. CRÍTICAS AL PROYECTO

El art. 1625 del Proyecto de Unificación Legislativa, que hemos comentado, ha sido, sin lugar a dudas, uno de los textos más combatidos de la iniciativa reformadora:

a) Las organizaciones que agrupan a los profesionales de la salud —a diferencia de otros nucleamientos de profesionales— han creído ver en ese texto una auténtica "declaración de guerra" por parte de un sector de operadores jurídicos.

b) Juzgan al artículo como sumamente inconveniente para la actividad profesional médica, al obligar a tales profesionales a probar su no culpa, frente a todo caso de no curación del paciente: muerte, agravamiento, sobreviniencia de lesiones, limitaciones, etcétera.

c) Afirman que prohijará la "industria de los pleitos", una especie de "caza de brujas", de la cual serán ellos, los médicos, las únicas víctimas.

d) Que se innova sobre el sistema tradicional del derecho argentino, al dejar de lado las "obligaciones de medio", no obstante admitir las de resultado, y al contemplar esa tercera especie —*tertius genus*— que constituye la "no culpa".

e) Que se libera a los actores en los juicios de responsabilidad médica de toda carga probatoria, haciendo fácil y sencilla su tarea, con base en esta "injusta" inversión probatoria; en fin, que no es verdad que al médico le resulte más simple probar.

7. EL FUTURO: LA REFORMA Y LA REALIDAD

Tal es el actual estado de la cuestión. El tema está muy vivo en la sociedad argentina y las fuerzas de presión, los grupos, pugnan en uno u otro sentido: el endurecimiento o el ablandamiento de la responsabilidad profesional. El panorama se complica por la presencia de otros ingredientes, que aunque parezcan extraños tienen su incidencia gravitante:

a) El sistema de salud de la Argentina, sobre la base, casi exclusiva, de la prestación de servicios por "obras sociales", en su mayoría dependientes de asociaciones de empleados u obreros —sindicatos— se encuentra en grave crisis de decadencia, francamente quebrado.

b) Los profesionales de la salud reciben una compensación vil por sus servicios, un honorario mínimo y demorado en el tiempo, o sea, en moneda también depreciada por la inflación.

c) Ello es consecuencia de la imposibilidad, por parte de las obras sociales, de atender, con los fondos que recaudan, al pago de los medicamentos, cuyo costo es elevado en relación con sueldos y salarios, y de honorarios compensatorios.

d) A lo expuesto se suma, como factor de importancia, el estado deficiente de los institutos prestadores de servicios: hospitales, sanatorios, clínicas, etc., tanto públicos como privados, desprovistos del instrumental necesario para hacer una "buena medicina" o bien en estado de obsolescencia.

e) Aunque pueden señalarse matices, según las ciudades o regiones del país, el panorama apuntado es muy generalizado, siendo lo común u ordinario; la excepción está dada por la "medicina privada", en particular en las ciudades grandes, destinada a la clase alta o de mejores recursos económicos.

f) La profesión de médico ha dejado de ser, también en términos generales, una actividad de buena renta o provechosa; el médico ha pasado a ser un asalariado de las obras sociales, forzado a atender a muchos clientes en poco tiempo, y sin la apoyatura necesaria.

g) Todo lo expuesto concluye en un descenso del nivel de la medicina argentina, en una proliferación de los errores o de los casos de mala práctica; de ahí el temor a la responsabilidad profesional.

A) En cuanto a las víctimas, los pacientes, ellas se han multiplicado y de ahí la proliferación de los juicios en los últimos cinco años.

i) La condición de médico o la índole del instituto de salud —sanatorio, clínica, etc.— no es ya garantía suficiente de solvencia para las víctimas de la mala práctica; es bastante común que no puedan hacer frente a una condena resarcitoria.

j) Por ello se piensa en una reforma integral del sistema. El nivel al cual llegó la previsión social de la salud, en la Argentina, con una cobertura que alcanza a la gran mayoría de la población, no hace prever una vuelta a la medicina privada.

k) Se impone una jerarquización del servicio de salud, del rol de los médicos y demás profesionales vinculados al tema; resta decidir si el auge de la responsabilidad, como el del seguro, son ingredientes positivos o negativos en esa deseada jerarquización.

l) No olvidando la realidad, las soluciones posibles hoy y aquí: el nivel medio de los salarios no se adecua a una medicina cara o costosa; pero, a la vez, la toma de conciencia de los ciudadanos, acerca del nivel de servicios a que una persona tiene derecho, por su condición de persona, no admite que haya distintas medicinas, para pobres y para ricos, con medios y resultados diferentes.

8. RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El esquema de situación de la responsabilidad civil en general denota que los viejos odres son insuficientes para 'contener las soluciones apropiadas a los tiempos actuales. En un importante fallo del año 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *culpa non laedere* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuarse al sentido de justicia de la sociedad. En cuanto a la primera expresión, se colige fácilmente que, cuando menos en la literalidad, es aún más amplia que la conclusión de la sentencia del Consejo Constitucional francés de 1982, pues no incluye el requisito de la culpa. Y en cuanto a la segunda, que el hombre contemporáneo tiene la expectativa de que cualquier daño le sea resarcido, puesto que dejó de inclinarse con resignación "ante el azar nefasto" (Mazeaud); en ese sentido, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1989 declararon, por unanimidad, que uno de los "mecanismos desmasificadores" es "la moderna concepción del derecho de daños, que centra su óptica en la víctima".

El consiguiente replanteo del sistema de responsabilidad civil condujo, por una parte, a ensanchar el campo de aplicación de la atribución objetiva, que si bien tuvo consa-

graciones legales puntuales ya en el siglo pasado, recién adquirió protagonismo luego de la reforma del Código Civil producida en el año 1968. A fines del año 1989, las Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguros, organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, propiciaron ensanchar el factor objetivo de responsabilidad, excluyendo a la mera culpa de la víctima como causal de liberación: propusieron que sólo se admita "como causal de liberación el dolo de la víctima y el caso fortuito externo a la actividad y/o a la cosa". Se trata de un ajuste del régimen vigente, al que el profesor Tunc ha calificado como paradójico: si el causante del daño está asegurado, no responde personalmente por su culpa, pero la culpa más leve de la víctima recae sobre ella con el efecto de reducir, o aun excluir, su derecho a la indemnización. El criterio de responsabilidad objetiva, sin embargo, es inaplicable como regla a la responsabilidad de los profesionales denominados liberales: las Jornadas de Derecho Civil realizadas en la provincia de San Juan en 1989 estimaron unánimemente que "la tendencia del derecho moderno a fundar la responsabilidad profesional (lato sensu) en factores objetivos no puede ser trasvasada indiscriminadamente al caso de los profesionales denominados liberales"; lo cual no obsta a que su responsabilidad sea objetiva en hipótesis singulares, como cuando el daño proviene del riesgo o vicio de cosas empleadas en el ejercicio de la actividad.

Pero, además, fueron asumidos diversos mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, que son corrientes en el derecho comparado. En lo que interesa al tema, tales son el seguro individual, con acción de la víctima contra el causante del daño; el seguro forzoso, articulado con fondos de garantía; la seguridad social.

9. Seguro individual.

En la legislación vigente en la Argentina el seguro de responsabilidad civil obliga al asegurador "a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato". Asimismo hay una suerte de acción directa de la víctima contra el asegurador del causante del daño, que le permite citarlo en garantía en el proceso judicial, prevaleerse de la cosa juzgada, ejecutarlo, y gozar de privilegio. Ante la acción del damnificado,

el asegurador no tiene derecho a oponer las defensas nacidas con posterioridad al hecho dañoso.

10. SEGURO FORZOSO Y FONDOS DE GARANTÍA

El seguro forzoso sólo es de aplicación en algunos limitados sectores de actividad, como el laboral; pero, por ejemplo, no rige para los accidentes de tránsito. Diversos Congresos de juristas han expresado la insatisfacción por el régimen vigente, y han propiciado su extensión. En el año 1985 las Jornadas Nacionales de Derecho Civil comenzaron a reclamarlo para ese tipo de accidentes, y a partir del año 1986 otros Congresos y Jornadas iniciaron una firme embestida doctrinaria tendiente a su instauración para cosas o actividades riesgosas, en particular productos elaborados—incluidos los farmacéuticos— y contaminación ambiental; un proyecto de ley del consumidor del año 1985 (que sólo tuvo sanción del Senado) lo previó para los servicios médicos prepagos.

Tampoco se pasa por alto que los fondos de garantía constituyen el remedio apropiado para los casos de autor desconocido o insolvente, de carencia de seguro, o de infra-seguro. Desde el año 1985, y con mayor énfasis desde el año 1986, se propicia ampliar el limitado catálogo de fondos de garantía existente (en materia laboral, en accidentes nucleares), incluyendo a las cosas y actividades generadoras de riesgo, como complemento de la implantación del seguro forzoso.

11. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

El estado actual del pensamiento jurídico argentino sobre esos aspectos resulta de las conclusiones unánimes de las ya citadas Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguros del año 1989. En ellas se reclamó “una reforma legislativa en materia de responsabilidad acorde con la realidad económica, social y cultural de nuestro tiempo”, que imponga “seguros obligatorios, complementados con fondos de garantía”, para “las actividades de gran siniestralidad”, con una cobertura que configure “una indemnización cuantitativamente razonable, privilegiando los daños a la persona”. Se sostuvo también que “los aportes con que se formen los fondos de garantía deben provenir principalmente de los

sectores potencialmente generadores de riesgo, sin perjuicio de consideraciones que atañen al interés social", y que "los seguros obligatorios y los fondos de garantía deben instrumentarse de forma tal que alienten la prevención del daño, a cuyo fin ha de existir una relación inversa entre la adopción de medidas de seguridad, por una parte, y el valor de las primas y la contribución en los fondos de garantía, por la otra". Asimismo, fueron requeridos "límites máximos indemnizatorios".

La línea de pensamiento resultante de esas recientes Jornadas concide con los puntos de vista más modernos del derecho comparado. Seguramente, para el observador extranjero, la doctrina argentina luce en niveles de excelencia cuando menos aceptables, pero ello no significa que el legislador atienda sus reclamos: "América latina —ha dicho el profesor Tunc— es quizá más importante por la riqueza y la calidad de su doctrina que por sus realizaciones legislativas"; y, todavía, aunque las leyes adopten los criterios técnicamente adecuados, muchas veces quedan en la declamación y no son aplicadas, o en la práctica resultan deficientes.

De dicha línea de pensamiento pueden ser extraídas cuatro directivas fundamentales:

a) Se reclaman seguros forzosos para actividades con alto índice de siniestralidad porque, obviamente, no se realiza la justicia cuando una sentencia se limita a condenar a alguien a resarcir el daño, sino cuando la víctima es efectivamente resarcida. El ya mencionado Proyecto de 1987 concibió un mecanismo para instar al aseguramiento: en caso de daños provenientes de cosas o actividades riesgosas, el responsable está sujeto a la reparación plena, pero se favorece con un tope indemnizatorio (del orden de los 200.000 dólares norteamericanos) si tomó un seguro. La solución puede ser explicada con las enseñanzas de la profesora Viney: la indemnización debería ser soportada por quien "antes del daño estaba en mejor situación para contratar el seguro destinado a garantizar el riesgo".

b) Se proponen límites indemnizatorios, considerados imprescindibles para los cálculos actuariales del asegurador tendientes a la fijación de la prima. Como decía la Exposición de motivos de la ley modelo uniforme norteamericana para daños al consumidor del año 1979, la incertidumbre acerca de los montos resarcitorios suele ser alegada por los aseguradores "para justificar el establecimiento de tasas que, en realidad, pueden no reflejar el riesgo objetivo".

c) Se privilegia la prevención del daño, procurando una solución *ex ante* en vez de una solución *ex post*. El objetivo básico es suprimir o disminuir la dañosidad de cierta actividad, y el incentivo económico suele ser eficaz para ese propósito. Se trata de una cuestión de costo, que comprende las indemnizaciones por daños que la actividad cause a terceros o, en su caso, las primas de seguro para cubrirías.

d) Se acentúa la resarcibilidad de los daños a la persona, que vienen siendo colocados relevantemente en el sistema de responsabilidad civil. En el mismo año 1989, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil entendieron que "la personalización del hombre debe estar en el centro de la atención jurídica", y las Jornadas Argentino-Uruguayas consideraron inválidas las cláusulas limitativas de responsabilidad cuando se refieren a la vida o a la integridad corporal.

12. SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social ha tenido, tradicionalmente, su mayor manifestación en la esfera laboral. En la Argentina, la ley promulgada a principios de 1989 establece el seguro nacional de salud, con el propósito de "procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país". A tal fin, organiza un servicio de asistencia social de interés público, con "alcances de seguro social", basado en criterios de justicia distributiva, y que se financia, fundamentalmente, con aportes de las obras sociales y del Estado.

13. EL SEGURO MÉDICO. VIABILIDAD

En cuanto al seguro de responsabilidad médica, la Superintendencia de Seguros -autoridad de aplicación en la Argentina- aprobó la póliza respectiva a principios del año 1980, a propuesta de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros. Conforme a sus condiciones generales para el riesgo cubierto, "el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado a título personal por cuanto deba a un paciente o derechohabiente del mismo en razón de las responsabilidades civiles contractual o extracontractual en que incurra como consecuencia del ejercicio de su profesión de médico, según consta en la habilitación correspondiente otorgada por la autoridad competente, y actuando habitualmente en

la especialidad o especialidades que se detallan en las condiciones particulares”.

La póliza contiene una franquicia absoluta, pues el asegurador sólo asume sus obligaciones a partir de cierto monto; asimismo excluye el aseguramiento de algunos riesgos, como los daños provenientes de hechos de terceros, los sufridos por terceros que actúan por cuenta del asegurado, los provenientes de operaciones de trasplante, o los genéticos. Únicamente mediante una cobertura específica, con el consiguiente recargo en la prima, se incluye al director o jefe de equipo.

14. EL SEGURO MÉDICO EN LA ACTUAL SITUACIÓN ARGENTINA

¿Responsabilidad o seguro? La pregunta concierne no sólo al aspecto singular de la responsabilidad médica, sino a todo el sistema del derecho de daños. La regulación clásica, propia de la legislación decimonónica, que asoció el deber jurídico de reparar al reproche de conducta está en crisis: la responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque los ojos de la justicia se han puesto del lado de la víctima (Ripert). De tal modo el damnificado está en situación favorable para obtener una sentencia de condena; pero ello no significa necesariamente que se encuentre en posibilidad de obtener el cobro de la indemnización.

Para esta finalidad es relevante el seguro. Se trata del instrumento que se halla más a mano, y satisface elementales reclamos de solidaridad al distribuir el daño entre un número elevado de aportantes. El seguro forzoso, su articulación con fondos de garantía, el arbitrio de mecanismos de pronto pago (a la manera de la ley francesa de tránsito de 1985), a la vez que cubren eventuales insolvencias, dan a la víctima la respuesta más rápida posible, teniendo en cuenta que la justicia tardía no es justicia.

Todavía, en algún momento del futuro de la evolución del sistema, es posible que sea establecida generalmente la seguridad social, que —nuevamente con palabras del profesor Tunc— constituye la respuesta más moderna, más radical, más racional y más práctica frente a los modernos problemas del derecho de daños.

Entre tanto, el seguro debería extenderse incluyendo a la responsabilidad médica. Pero esto no parece posible en la Argentina actual. Padece una situación económica dramática, hemos soportado tres manifestaciones hiperinflacionarias en un año, los ingresos han caído a niveles ínfimos. En ese marco, los costos del seguro difícilmente podrían ser soportados por los profesionales, o por quienes responden por hechos de ellos (clínicas, servicios prepagos, obras sociales). En la práctica son escasos los médicos que aseguran su responsabilidad por daños, y sólo algunas veces, en intervenciones quirúrgicas del alto riesgo, exigen que sus pacientes particulares tomen una póliza. No es de esperar, pues, que en los tiempos inmediatos se generalice el seguro individual voluntario y, menos aún, que se imponga el seguro forzoso.

Tampoco alientan el aseguramiento, de alguna manera, la reticencia a reconocer la resarcibilidad de ciertos daños, y la exigüidad de los montos indemnizatorios de los causados a la vida o la salud. La Corte Suprema de Justicia de la Nación debió anular una sentencia que retaceó el derecho de los padres a la reparación del daño moral derivado de la muerte de sus hijos, argumentando la riqueza de aquéllos. Poco tiempo atrás un tribunal valuó el daño resultante de la pérdida de una mano de un boxeador de nivel internacional en el equivalente a 5000 dólares norteamericanos, suma que es sólo una proporción mínima del costo de la prótesis necesaria para reemplazarla. A la luz de las nuevas ideas, muy probablemente los tribunales argentinos acentuarán la tendencia de condenar a la indemnización de daños sufridos por los pacientes. Pero el azar seguirá jugando un papel primordial, aunque con perfil distinto.

Antes, se solía atribuir el daño sufrido a la desgracia, frente a la cual había que postrarse. Hoy se busca un responsable, y se lo condena a indemnizar; yendo más lejos, la sentencia suele incluir a varios, porque la nómina de los legitimados pasivos para la pretensión de daños ha sido ampliada considerablemente. Sin embargo, el azar, el acaso, la causalidad, aun ahora es determinante: el cobro es posible, o no lo es, según el condenado a resarcir, o los condenados a hacerlo, sean solventes o no; y esa capacidad de pago depende de contingencias ajenas al derecho de la víctima a obtener una reparación pecuniaria, por más que éste le sea reconocido en muchos casos en los que le era negado en los viejos tiempos.