

PÉRDIDA DE CHANCES DE CURACIÓN Y SOBREVIDA

JUAN SONODA

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

1) *El despotismo del azar*

La palabra "azar" viene del árabe *záh* (azahar, en castellano) término éste que designaba a una flor que se pintaba en una de las caras de los dados usados para jugar¹. Sin embargo, a lo largo de los siglos la palabra ha sacrificado algo de su sentido lúdico para entrar a formar parte en muchas de las circunstancias de nuestra vida². Esto, de todas maneras, no ha sido aceptado por todos de forma pacífica. Muchas voces se han alzado contra la mera suerte o mala suerte como factor influyente en la existencia de hombres y mujeres:

— El cristianismo reserva la palabra "providencia" para la atribución al hombre de sus suertes y desgracias. Éstas no son fruto de la casualidad sino que se hallan previstas en la voluntad de un ser superior que procede con arreglo a un plan divino. Otras religiones, como la musulmana, llevan este fatalismo a grados más extremos.

— Al racionalismo, basado en la firme convicción de la omnipotencia de la razón humana, le es repugnante todo suceso que no merezca su lugar en la cadena de causas y efectos, siendo éstos indignos de llamar la atención de la razón humana.

— El voluntarismo rechaza la intromisión del azar por considerar que significaría desconocer el libre albedrío del que el hombre está dotado, y que pone en acto mediante el ejercicio de su voluntad.

¹ Corominas, Juan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Gredos, Madrid, pág. 76.

² O, dicho de una manera aparentemente contradictoria, nuestro concepto de la vida tal vez se haya vuelto más lúdico.

— Por último, el Derecho, sea por la adopción de una o de otra de las convicciones anteriores³, o de otros motivos no mencionados, no admite en su seno (al menos no abiertamente) la participación del azar en la distribución de derechos y obligaciones a favor de o contra los sujetos cuyas conductas regula.

Ihering, por ejemplo, sostenía que la norma jurídica debe ser abstracta o general, en reemplazo de las normas individuales que emanan de la voluntad del soberano. La abstracción y la generalidad son las mínimas garantías de un orden de Derecho, ya que la orden individual sólo tiene por fin la satisfacción del interés de quien la emite:

“Bajo un régimen semejante al desarrollo del sentimiento jurídico llega a ser un imposible [...]. La masa bajo un régimen despótico no conoce más que la obediencia, la sumisión, la sujeción [...]; no tiene fuerza de resistencia contra lo que cree inevitable, se duerme en la apatía. Esta disposición, formulada como dogma, se convierte en fatalismo; todo lo que ha de suceder ha de suceder, no en virtud de una ley, siempre lógica consigo misma, y que imponiéndose a quien la conoce y observa, le deja su independencia y seguridad, sino por la fatalidad del azar, contra el cual nada protege [...]. En el terreno del derecho, esta situación que domina, no la ley, sino el azar, se llama arbitrariedad”⁴.

De igual manera, el derecho francés del siglo pasado rechazaba la intrusión del azar dentro del sistema jurídico, y ningún hecho ajeno a la voluntad de las personas era fuente de responsabilidad⁵. En este sentido,

³ Por supuesto, no son las únicas concepciones o motivos por los que se condena el recurso a la suerte, y tal vez ni siquiera sean los más importantes. Su inclusión es al simple efecto ejemplificativo. En realidad la cuestión es mucho más compleja: es difícil que un poder consolidado (de la naturaleza que sea) admita abiertamente que sus conductas tienen un componente aleatorio (esto es, que podrían ser de la manera que dicho poder impone, o de cualquier otra) ya que esto implicaría, en numerosos supuestos, socavar las bases mismas de ese poder. Como algunos ejemplos extremos podríamos imaginar un régimen teocrático como los de Europa medieval o, saltando las distancias, como el fundamentalismo islámico de Irak, y aun sin ir tan lejos, nuestro sentido común se rebela a creer que en un orden jurídico tenga lugar la casualidad. El dilema está lejos de ser novedoso; recordemos el diálogo entre Trasímaco y Sócrates que Platón describe en el primer capítulo a libro de *La República*.

⁴ Ihering, Rudolf von, *El Fin en el Derecho*, Bellasra, Buenos Aires, 1976, pág. 174.

⁵ Piaggio, Anibal Norberto, “Azar y certeza en el derecho de daños”, E.D., 153-739. Esta concepción, por supuesto, no es privativa del derecho de daños sino que abarca a todo el derecho. Tal vez, el ámbito donde más influencia ha tenido haya sido el del derecho de los contratos. Recordemos una de las grandes obras de la doctrina nacional, de Marco Aurelio Rinaldi, *Soberanía y Crisis del Contrato*, Abelada-Parrot, Buenos Aires, donde este gran jurista hace una defensa de la autonomía de la voluntad frente al intervencionismo estatal, y frente a institutos como el abuso del derecho, la lesión y la imprevisión.

Vélez escribe en la nota al artículo 900 del Código Civil: "El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta, es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el Derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito". Así, vemos que para la materialización de la responsabilidad eran imprescindibles dos elementos:

- La existencia de una causa física conocida.
- La atribución de dicha causa a la acción culposa de un individuo.

II. EL TEMA

1) *El azar del Derecho*

En la actualidad, el pensamiento imperante en el siglo XIX ha cedido, relajándose los límites impuestos por la máxima "no hay responsabilidad sin culpa". Es así como se pasa de castigar al autor, a resarcir a la víctima, y de resarcir a la víctima, a buscar un criterio justo de distribución de los daños⁶. De esta forma se insertan en los distintos ordenamientos, a la par de los tradicionales factores subjetivos de atribución, nuevos factores objetivos basados en el riesgo. Asimismo, aparecen factores de garantía o seguridad, se reconoce a la equidad como fuente de obligaciones, y se introduce el concepto de la "socialización de los daños" mediante la creación de fondos de garantía⁷, e incluso mediante la extensión del seguro⁸. Vemos así que traemos a la suerte de vuelta de su exilio jurídico, produciéndose una verdadera "recuperación del azar"⁹.

El azar, la casualidad, antes tan temidos, pasan al centro de la discusión al ser considerados por distinguidos juristas como criterios válidos de reparto¹⁰. La Dra. Alicia M. Perugini de Paz y Geuze escribe¹¹:

⁶ Para un mejor desarrollo de esta evolución, ver Masset Irujo, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, Cap. I.

⁷ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 799.

⁸ Masset Irujo, J., *Responsabilidad...*, cit., pág. 33.

⁹ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 799. Continuando con la escrita en la nota 5, tampoco esta evolución es privativa del derecho de daños. Basta leer lo escrito por Rinaldi en el año 1989 respecto del estado actual del derecho de los contratos (en "Evolución contemporánea del contrato", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, no. 26, 1989, pág. 699, citado por Morilla, Augusto M., *Contracto y Proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990).

¹⁰ Vgr. el profesor que determina los temas de examen mediante un "botiflero", etc.

¹¹ Perugini de Paz y Geuze, Alicia M., "Reflexiones en torno al concepto del azar en una obra clásica; la de Werner Goldschmidt", *E.O.*, 138-803 y sigs.

"Lo arbitrario puede resultar meramente aparente si debajo de la superficie voluntarista late el ritmo sistemático de la razón. Me refiero a determinados supuestos en los que la casualidad desempeña el papel de criterio de reparto [...]. En numerosas ocasiones acuden los hombres conscientemente a la casualidad como criterio de reparto porque desearían de hacer una elección racional [...]. En numerosas circunstancias auténticas dificultades materiales para arribar a soluciones aparentes y profundamente razonables traen como consecuencia una alianza con la casualidad. En otras circunstancias tal alianza se ve motivada por la amenaza de imparcialidad y por ende de injusticia".

Es de esta manera como, en perjuicio del principio "no hay responsabilidad sin culpa", finalmente terminamos soportando un cierto azar en nuestro ordenamiento, con el fin de "simplificar el camino que conduce a la reparación"¹². Es así como una persona pasa de sufrir sus propias chances a sufrir también las ajenas.

2) *Un daño cierto*

La posibilidad de ser indemnizado por pérdida de una chance ha dejado de ser discutida en nuestra doctrina y jurisprudencia¹³. Bastamente Alsina lo define como un daño actual y cierto, que se da cuando, como consecuencia del incumplimiento de un contrato o de la comisión de un hecho ilícito, el acreedor o la víctima se ven privados de obtener una ganancia probable o de evitarse un perjuicio conjeturable. Lo indemnizable es la "oportunidad" o la "esperanza", en la medida en que tengan suficiente fundamento, y no la ganancia o daño evitables mismos¹⁴. Gabriel Stiglitz y Carlos Echevesti la describen como acontecimientos de los que no puede extraerse con absoluta certidumbre que han generado consecuencias dañosas al sujeto que alega el perjuicio, por tratarse de ventajas o pérdidas cuya producción no dependía exclusivamente del sujeto imputado, por estar asimismo sometidas a un riesgo distinto que genera posibilidades a favor y en contra. Afirman estos autores que la incertidumbre no obsta a la reparación si del balance de las probabilidades a favor y en contra surge una proporción basada en probabilidades suficientes de que la chance se perdió con motivo del comportamiento del agente¹⁵.

¹² Mosset Iturragaray, J., *Responsabilidad...*, cit., pág. 29.

¹³ A modo de ejemplo: en la red informática de tribunales, respecto de fallos de la Corte Suprema, y de los fueros Civil y Comercial nacionales y federales, a la vez "pérdida de una chance", responden 74 fallos.

¹⁴ Bastamente Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 152.

¹⁵ En Mosset Iturragaray, J., *Responsabilidad...*, cit., págs. 224 y 226.

En definitiva, ninguna controversia hay acerca de que la pérdida de una chance es un daño cierto en la medida de que las posibilidades de materialización de dicha chance sean reales, y que el resarcimiento se refiera a esta "esperanza", y no a la ganancia o perjuicio evitables de esta posibilidad.

3) Un actor incierto

Aquí abandonamos el terreno del elemento "daño" para penetrar en los territorios de la causalidad. Se trata de establecer en caso en el que, dado el actuar conjunto de dos o más agentes, no es posible determinar a ciencia cierta a cual de ellos es atribuible el resultado. A diferencia del caso anterior, aquí no nos hallamos frente a una causalidad cierta que produce un daño incierto, sino de un daño cierto producido por una causalidad incierta.

En el terreno específico de la pérdida de chances de curación o sobrevivencia, se da la concurrencia del agente patógeno con la conducta del médico, por lo que es preciso hacer algunas aclaraciones:

— El actuar de este profesional por definición concurre con otros agentes dañosos. Sin el "agente patógeno" que altera la situación de "homeostasis" del paciente, causando la enfermedad, no se explica la intervención del médico¹⁶. Por ello, en la gran mayoría de los casos el profesional interviene en un proceso ya desencadenado que causó y está causando daños, y que de continuar, los causará aún mayores.

— Dentro de este proceso, hay veces donde es oscura la incidencia del actuar del galeno en el resultado dañoso. Respecto a esto, cabe hacerse las preguntas que formula el Dr. Anibal Piaggio: "¿Qué papel ha jugado la actividad del médico en la producción del daño y de un resultado negativo para el paciente?; su comportamiento profesional ¿ha sido la causa de un lactuoso o agravante resultado, o ha contribuido, y en qué medida, al mismo?"¹⁷.

Respecto de este tema se ha dicho que la actividad probatoria de la víctima se ve obstaculizada, en muchos de estos casos, por la desigualdad existente en la relación entre el médico y el paciente por ser aquél un profesional y éste un lego en la materia. Se sostiene que el afectado se halla en inferioridad de condiciones para desentrañar los hechos ocurridos, mientras que el profesional "se encuentra en una situación probatoria privilegiada"¹⁸. En esta previsión se basa el artículo 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación de

¹⁶ Esto, claro está, sin perjuicio de la fundamental importancia de la labor preventiva.

¹⁷ Piaggio, A. N., "Azor...", cit., pág. 817.

¹⁸ Altieri, Adolfo A. - López Cabana, Roberta M., "Carga de la prueba en los litigios de medios", C.L., 1989-B-253.

1987, qué ha contado con el apoyo de prestigiosas juristas²⁰ y merecido la realización de enojados estudios²¹, mediante el cual se produce la total inversión de la carga de la prueba, pasando a pesar sobre el profesional la demostración de haber actuado sin culpa.

Como otra forma de paliar las dificultades que la efectiva acreditación del nexo causal conlleva cuando la acción presumiblemente dañosa del médico se integra al cuadro patológico, confundiéndose con él²², la jurisprudencia francesa desarrolló una fórmula tendiente a suplir esta incertidumbre en la relación causal; agotada la investigación acerca de la causalidad sin lograr una prueba definitiva acerca de la autoría del profesional, no es posible imputarle sin más la indemnización integral del daño, pero sí es indemnizable la parte de él consistente en la pérdida de chances de curación o supervivencia²³.

Esta última tesis generó adherentes y detractores, tanto en la doctrina extranjera como en la nacional. Al respecto, reproducimos la cétera crítica del maestro Trigo Represas:

"En estos casos se ha sostenido que resulta inútil y peligroso recurrir a la noción de pérdida de una chance; que lo que así impropriadamente se denomina no es más que la insuficiente información del juez sobre la manera en que el destino ha encadenado los hechos; y que cuando se responsabiliza a un médico por entenderse que 'su culpa ha implicado la pérdida de una chance de curación o de sobrevivir el paciente, se lo hace simplemente porque existe una posibilidad de que él hubiese causado el daño'. Es decir, que se lo condena en base a una 'duda', la que por el contrario debiera ser interpretada, en materia civil, a favor y no en contra del demandado, como igualmente aprovecha al acusado en el campo penal: *in dubio pro reo*"²⁴.

²⁰ Tal aserto es demostrado por el despacho de mayoría emitido por la comisión nro. 4 ("La responsabilidad civil de los profesionales liberales en la ley de unificación") en las Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, realizadas en Lomas de Zamora en el año 1986.

²¹ Entre otros: Altarini, A. - López Cabana, R., "Carga...", cit., y Lorenzetti, Ricardo, "La responsabilidad civil del médico en el proyecto de unificación civil y comercial", L.L., 1988-B-934.

²² Vemos así que ambas doctrinas tienden a una misma finalidad: hacer posible la reparación a pesar de una supuesta desigualdad factica entre el galano y su paciente. Pero mientras que la presunción de culpa implica una inversión de la carga de la prueba en materia respecto de la culpa (y por ende, implícitamente respecto del nexo causal), la PCHCS significa una atribución parcial de autoría. De esta manera, vemos que son también antitéticos, para la elección de una hace innecesario la aplicación de la otra.

²³ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 817.

²⁴ Trigo Represas, Félix A., "Pérdida de la chance de curación y daño cierto, servido de mala praxis", L.L., 1986-C-38.

De todas formas, cabe aún preguntarnos qué sucede cuando el actuar culposos del profesional está fuera de toda duda, si bien sigue siendo dudosa la magnitud de su incidencia en el resultado final. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

"El o que ha incurrido en un razonamiento objetable al reconocer que el causante era portador de una precaria posibilidad de supervivencia, y después afirmar que el fallecimiento igualmente se iba a producir, pues esta conclusión sólo puede admitir como premisa el carácter irremediablemente mortal de la patología del enfermo y en la sentencia no se verificó este presupuesto sino una limitada chance de sobrevivida, lo que demuestra la existencia de una contradicción que priva de apoyo racional a la conclusión a la que se arribó. [Es precisamente] la frustración de esa chance de supervivencia originada en la ausencia de una oportuna y diligente atención médica, aspecto no ponderado en función de la importancia de los valores y derechos en juego ni del alcance del deber profesional y contractual de los demandados, lo que justifica la descalificación del fallo"²⁴.

Conviene entonces distinguir qué influencias puede tener la actividad médica en la causación del resultado. Al respecto, centraremos nuestra atención en la clasificación de hipótesis presentada por el Dr. Piaggio²⁵:

– El daño sufrido razonablemente encuentra su causa adecuada en una mayor fragilización o exposición en la que quedó el enfermo por el actuar del profesional.

– No es posible demostrar que la actividad del galeno constituya una causa adecuada, pero sí que ha constituido una *conditio sine qua non*.

– No resulta factible establecer la magnitud de la participación del agente en el daño integral, sabiendo sólo que tal hecho no fue totalmente indiferente.

En la primera hipótesis no hay pérdida de chances, sino daño cierto. En la segunda, esto dependerá de la teoría de la causalidad que se adopta: si se aplica la de la equivalencia de las condiciones, procederá la condena contra el médico. Si se adopta la de la causalidad adecuada, será aplicable lo escrito para el próximo supuesto²⁶.

²⁴ CSJN, 24-X-1989, en "Amante, Lezzer y otros s/Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otros", S.D., 126-678 y sigs., con comentarios del Dr. Germán Hilarit Campos.

²⁵ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 820.

²⁶ La lógica de este razonamiento es impecable y cuenta con una coherencia irrefutable en el campo de la teoría. Pero si nos dedicáramos hacia "el terreno fangoso de los hechos", sería interesante tomar en cuenta el fallo "Solim de Nudelman c/ O.S.S.E.N.", dictado por la CNCJ, Sala C, el 17-VI-1985 (L.L., 1985-C-30), con voto del Dr. Chazarreta, al que adhieren los Dres. Durastona y Vedia y Alborniz. La cuestión tiene su origen en una operación cuyo fin era el de corregir una artrosis en la mandíbula y, "no obstante que no fue comprobada una deficiente cirugía, a raíz del tratamiento, se a el tiempo de la operación, sea con posterioridad, se produjo una parálisis del nervio ciático popliteo externo" (teoría

En el tercer caso, es posible valerse de dos criterios:

— Distinguir la operatividad causal de la culpa médica en el daño final —lo que llevaría a la admisión de la responsabilidad total en contra del galeno de la simplemente ocasional, que no traería responsabilidad alguna.

— Distinguir entre el daño integral sufrido por el paciente y un daño intermedio específico e indemnizable como rubro autónomo, consistente en esta peor situación en la cual la negligencia lo colocó²⁷.

Llegados a este punto, es necesario reflexionar qué situaciones son las que serían posibles de ser incluidas dentro de la pérdida de chances/ causa, si por hipótesis decidiéramos aceptarla provisoriamente.

III. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DEL TEMA

1) *La vida después de la muerte*

"Sobrevivir" es "vivir después de determinado suceso"²⁸; en este caso el suceso en cuestión es la enfermedad. Por otra parte, es posible preguntarse si debemos considerar que el vocablo "sobrevivida" tiene un significado análogo o si, por el contrario, debemos asignarle otro distinto.

En la práctica médica se llama "sobrevivida" al lapso incierto de tiempo que transcurre entre el momento de la declaración de una enfermedad terminal y el momento de su resultado final, la muerte. Es decir, a partir de la comprobación de un estado irreversible, el paciente entra en una suerte de "tiempo de descuento", que será más o menos prolongado según

que, deberemos recordar, ya que es protagonista de un caso similar —"Hijas S.A.T.S.A."— que será citado más adelante en razón de la cual la actora perdió la flexión del tobillo y de los dedos. Asimismo, dicho voto afirma, en el considerando II que "es una realidad no discutida que con posterioridad al acto quirúrgico, se comprobó el déficit irreversible en la movilidad del extremo inferior de la demandante. Es decir que sin dicho antecedente operario no se hubiera llegado a tal consecuencia" (la bastardilla es nuestra). Veamos entonces la similitud de estas afirmaciones con las posturas de la teoría de la causalidad sine qua non, máxime si con el resto del fallo no se demuestra que el resultado fue una consecuencia previsible de la operación, sino que se limitó la cuestión a establecer la impropiedad de otras posibles causas. La solución final es ciertamente justa para este caso en particular ¿pero se ajusta a los criterios de causalidad prescritos por nuestro Código? No es nuestra intención arrojarnos sobre un meduloso pronunciamiento emitido por magistrados y juristas de la talla de los citados, máxime si el resultado final resulta justo para el caso en particular, como se da en esta ocasión.

²⁷ Según el autor citado en el texto, ésta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa, en "Corvas c. Guzmacher et autres", op. cit., pág. 821.

²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 19ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1973.

las circunstancias de cada caso en particular²⁹. A su vez, no es exagerado decir que depende de la pericia, aptitud y, sobre todo, de la experiencia y calidad humana del profesional cuánto y cómo vivirá el paciente en este desdichado estado.

No es irrelevante que el paciente viva pocos días o varios años desde el diagnóstico del mal cuyo inevitable desenlace se desconoce. Asimismo, tampoco es indiferente la posibilidad de quien sufre la enfermedad de tener, dentro de sus posibilidades, una "calidad de vida" lo más cercana posible a lo normal. En estos casos, un tratamiento eficaz puede dar al afectado un lapso de vida lo suficientemente amplio como para considerarlo como una verdadera "vida después de la muerte".

Por el contrario, la negligencia o grossera ineptitud del médico que provoca un notable acortamiento del lapso de tiempo habitual de sobrevida, según lo considerado normal por los criterios médico-estadísticos del caso, provoca un daño cuya autonomía es meridiana. No es posible hablar aquí de un "daño intermedio", y menos aún de una pérdida de chances. El perjuicio consiste en la pérdida de meses o incluso años de la vida de una persona, en el padecimiento de agudos dolores, y de toda la suerte de pesares que hacen que una situación de por sí desgraciada se haga más intolerable aún³⁰.

²⁹ Por supuesto, este tema no es nada sencillo. Cada persona es distinta, y cada cuadro presenta sus caracteres propios. Lo que es más, respecto de ciertas enfermedades, como por ejemplo el sida, el estado actual del tratamiento (tratamientos psicológicos, "ciclitos de pastillas", etc.) hace dudosos determinar si estamos hablando de sobrevida o de una mera enfermedad crónica.

³⁰ No se tiene duda de que se trata de un daño que debería ser reparado, aunque si parece dudoso que efectivamente llegue a serlo. Estimamos que se trata de un daño moral que, basadas en la hipótesis de que la naturaleza contractual del vínculo médico-paciente, quedará al arbitrio judicial no sólo respecto de su extensión sino también en cuanto a su existencia misma (art. 323, Cód. Civ.). Asimismo, cabe preguntarse si tienen legitimación activa los herederos y sucesores: sobre esta cuestión es claro el artículo 1038, que niega la transmisibilidad de la acción por daño moral a herederos y sucesores universales. No obstante, también es digno de tener en cuenta el artículo 1078, que establece que si del hecho resulta la muerte de la víctima, tendrán acción los herederos forzosos. Sin embargo, en este caso el daño no consiste propiamente en la muerte del sujeto, pues ésta tiene su causa en la enfermedad, sino en este tiempo de "sobrevida" del que se ve privado el paciente. Por ello, no habría óbstatulo a que este inicio la acción en vida (porque el tratarlo de un daño futuro no lo hace menos cierto) y que dicha acción sea continuada por los herederos, pero no sería posible que éstos iniciaran la acción en nombre del causante, ya que el daño moral es personal de quien lo sufre. Llegados a este punto, ninguna duda cabe de que los herederos forzosos no podrán ejercer la acción por un título derivativo, pues queda en pie la pregunta de si pueden hacerlo a título propio. Estimamos que a nadie le es indiferente la muerte anticipada de un hijo, un padre o un cónyuge por el hecho culpable de un profesional. El tiempo perdido en su compañía sin duda vulnera una aflicción legítima que merece una tutela jurídica. Esta acción a título propio podría incluso estar fundada en el citado artículo 1078 (pues quien puede lo más, también puede lo menos). Aun así, puede hacerse esta pregunta: ¿sería aplicable el artículo 1123 a este efecto del contrato entre el médico y su

Habr  notado el lector que hemos salido del terreno de la causalidad, saltado el cerco de vuelta hacia los territorios del daño. Es por ello que se hace necesario diferenciar el *acortamiento o empeoramiento culpable del lapso o condiciones de sobrevivencia*, de la *pérdida de chances de supervivencia* en sentido estricto.

2) Un enfermo riesgoso

En determinadas circunstancias es necesaria la exposición al paciente a una serie de riesgos en miras de su curación. Es más, el riesgo se encuentra presente en numerosas decisiones que tanto médico como paciente deben asumir a lo largo del tratamiento. No necesitan explicación los peligros que acarrea la administración de anestesia, o el llamado "riesgo quirúrgico". Ni qué hablar de los peligros de tratamientos como la quimioterapia y la radioterapia, en la curación del cáncer, o de los efectos secundarios de drogas como el AZT en el tratamiento del sida, que han llevado a afirmar a algunos especialistas que, en ciertos casos, la muerte no se producirá por la enfermedad sino por los efectos devastadores de la droga.

Estas consideraciones llevan a autores como Carlos Ghersi a sostener que cuando, dada la patología del paciente, nos encontramos en una situación de riesgo, situando al facultativo en una operación at pica, basta por parte de éste acreditar que se adoptó una técnica operatoria generalmente aceptada como prudente para las circunstancias del caso, para considerar que la lesión surge del estado agravado del paciente. De esta manera, el concepto de culpa pasa a ser desdibujado por la aparición de otro factor: el riesgo asumido por el paciente³¹.

paciente? Es indudable la existencia de un daño en una legítima afección, pero recordemos que por hipótesis, estaríamos hablando de responsabilidad contractual, por lo que no serían rearscribibles las consecuencias medistas, calidad esta que cobrar  asiguar el daño moral del descendiente, ascendiente o cónyuge, pues surge de la conexión entre el mal actuar del profesional que anticipa la muerte de la víctima, con un hecho distinto, que es el sufrimiento de los mencionados pacientes.

³¹ Ghersi, Carlos. "Responsabilidad médica. Culpabilidad y riesgo asumido", L.L., 1987-B-319, comentando el fallo "Rojas, Mercedes L. c/Asociación de Trabajadores de la Salud Argentina", CT* Civ. y Com. La Plata, Sala II, 5-VIII-1986. Dice dicho fallo (al de 1  instancia, confirmado luego por la Cámara): "De la valoración de la pericia me he formado la convicción de que estamos en presencia de una operación de difícil realización l. . . y no se me escapa que si bien toda operación lleva implícito un riesgo quirúrgico, en el caso, éste se resulta por la patología de la actora l. . . . Dada la característica textural crónica de la patología de la actora, la sección del nervio cístico pop teo externo puede pasar desapercibida en el transcurso de la operación l. . . . No escapa a nadie que la lesión del nervio CPE es un riesgo en una operación de la naturaleza de la presente; riesgo que se vio agravado por la patología de la actora y las circunstancias médicas que describe la pericia".

Este es el caso del profesional que, enfrentado a una operación sumamente riesgosa y complicada por lo delicado del estado del paciente, provoca un daño que compromete seriamente la situación del enfermo, incluso haciendo imposible su curación. No se trata del riesgo medio de una operación o tratamiento habituales sino del que surge de situaciones excepcionalmente agravadas.

De lo expuesto deducimos que los requisitos serían:

— Que el facultativo se desempeñe con la diligencia y pericia que requiere la naturaleza de la operación, adoptando un método generalmente aceptado.

— Que la patología del paciente sea de tal gravedad que eleve por encima de lo normal y habitual el riesgo de la operación.

— Que el daño sufrido por el paciente esté en adecuada relación con el riesgo mencionado, no siendo eximibles los meros actos culpables cuya posibilidad de materialización nada tienen que ver con las especiales circunstancias del caso.

— Finalmente, debe haber una razonable proporción entre el riesgo corrido y la curación buscada (vgr. de no operarse el paciente llegaría al mismo resultado).

— — — — —
 Al no poderse continuar con el análisis de este caso, y principia la conclusión que éste pueda merecer, no cabe más que alabar la bondad de este enfoque desde lo práctico. Si nos obstináramos en hacernos fuertes en la posición contraria, cuanto más grave fuera el estado del paciente, menos profesionales estarían dispuestos a hacerse cargo de él. La enfermedad no sólo generaría un peligro para el paciente: enfermedad y enfermo podrían poner en grave peligro al médico.

Retomando la cuestión, podemos decir que nos encontramos ante un actuar del médico que habitualmente no lleva a un hecho dañoso, resultado al que finalmente se llega por las excepcionales circunstancias del caso³². Vemos así la similitud con otra de las hipótesis de la pérdida de una chance: la del hecho que constituye una *conditio sine qua non*, sin llegar a estar relacionado al resultado por un nexo adecuado de causalidad.

Pero hemos de notar que en el caso de los riesgos asumidos no estamos tratando el tema de la causalidad, sino el de la evaluación de la prueba de la culpa en las obligaciones de medios. A primera vista, podemos encontrar una sospechosa similitud entre estos dos supuestos, pero un análisis sistemático nos llevaría a concluir que no es así:

³² Es necesario aclarar que aquí no hay duda acerca del nexo causal, sino de la culpabilidad.

Teorías	¿Hay causa adecuada?	¿Hay culpa?
Riesgo asumido	Si	No
Condicio sine qua non	No	Si
Pérdida de chance de C. y S.	No	Si

Sin embargo, estos enfoques aparentemente antitéticos, ¿son en verdad tan distintos? Parafraseando a Borges, podríamos decir que nos encontramos ante las dos caras de la misma moneda que son tal vez, ante Dios, iguales.

IV. CAMBIO DE TEMA

D) El buen médico de familia y el médico previsor

¿Cuál es el deber de diligencia del médico? Como primera medida, analicémos unos ejemplos:

"El cirujano demandado tomó las precauciones que prescribe la prudencia ordinaria concretada en reglas admitidas por los expertos como ciertas, no hubo desconocimiento técnico por parte del mismo, y adoptó las precauciones elementales marcadas por la técnica moderna"²³.

"Si bien es cierto que en el ramo medicinal que debe regir es el de la discrecionalidad, manifestándose por la libertad de elección, no es menos cierto que si el profesional utilizó un método generalmente aceptado como apto y circunstanciado por una actividad pre-operatoria (análisis, estudios, etc.) no existe antijudicialidad y el criterio judicial respecto del tema no puede ser severo"²⁴.

"No responde el médico en cuanto al método de curación prescripto si se trata de uno de los sistemas aceptables, pues el criterio dominante en la materia es que el profesional sólo debe poner en juego el caudal de preparación que el título acredita, salvo casos de negligencia grave, negligencia inexcusable o falta grossera"²⁵.

Estas afirmaciones podrían sintetizarse en la obligación de observar la diligencia del médico "medio", esto es, observar la conducta considerada correcta para el promedio de los profesionales. A su vez la obligación

²³ En el fallo "Ejeda c/A.T.S.A.", anteriormente citado.

²⁴ Ghersi, C., "Responsabilidad...", cit., pág. 324.

²⁵ Bastamente Alsina, J., Teoría..., cit., pag. 487.

impuesta por el artículo 902 del Código Civil es interpretada por esta postura de la siguiente manera:

– No es exigible al profesional un conocimiento mayor al de la media de su género. Si el caso requiere del conocimiento de un especialista, su obligación se reduce a derivarlo al que resulte idóneo. Respecto del especialista, cabe admitir un deber de diligencia análogo si bien, esta vez, contemplando el mayor nivel de exigencia que la especialización impone.

Vemos así que adopta un criterio que hace recordar al del "buen padre de familia", ya que nos encontramos frente a un criterio objetivo de conocimiento y diligencia. La diferencia sería, "a vuelo de pájaro", que tomar en cuenta al médico "medio" no garantiza que la operación estadística de establecer el "promedio" de los profesionales nos dé por resultado un buen profesional. Pero la diferencia podría ser sólo aparente; se necesita mucho coraje para afirmar que es justo disculpar la ineptitud del individuo amparándola en mediocridad general²⁶. Por todo esto, no es vano sospechar que este viejo "buen padre de familia" no sólo gura de buena salud, sino también que estudia medicina y está muy próximo a recibirse.

Y a su vez, ¿de qué hechos será autor este "buen médico"?... De los que fueran previsibles de acuerdo con "todas las circunstancias susceptibles de ser conocidas por el agente al momento de la actividad"²⁷, evaluadas a la luz de su "conocimiento medio"²⁸. De vuelta hemos pasado de la culpabilidad a la causalidad pero, ¿realmente lo hemos hecho? Aunque la moneda gire sólo vemos una cara.

2) La justicia de los grandes números

Hemos visto que la pérdida de chances de curación y supervivencia es usada como fundamento del deber de reparar por la Corte de Casación

²⁶ Tal es el criterio del conocido fallo "Bielmo c/Clínica Baxterica", L.L., 1977-D-91.

²⁷ Than, Traeger y Von Hippel, citados por Anibal Piaggio en la obra anteriormente mencionada, pág. 806, nota 40.

²⁸ No es posible terminar el análisis de estas posturas sin remarcar otra de sus grandes falencias: el dejar de lado el problema de la relatividad del conocimiento científico, que se mueve dentro del ámbito de lo opinable. Los antiguos medicamentos hoy son venenos; los tratamientos de ayer, hoy son comparados con la tortura. Lo que para unos es evidente y conveniente para otros es ridículo y peligroso; lo que hoy es para todos cierto y apropiado, mañana puede ser dejado de lado. A esta se refiere Thomas Kuhn cuando postula que la ciencia trabaja a través de "paradigmas". Cada paradigma es una concepción acerca del mundo que no sólo determina los métodos para el estudio del objeto, sino también los problemas a resolver, y el objeto mismo. La comparación del científico en el paradigma es tal que todo lo que se halla fuera de él no es meramente irrelevante. Simplemente, no existe. Para un mejor desarrollo, ver Kuhn, Thomas, *Historia de las Revoluciones Científicas*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

francesa. De igual manera, vemos que nuestra propia Corte Suprema de Justicia no es indiferente a esta creación doctrinaria, habiéndola aplicado, si bien no reiteradamente, sí en términos que no dejan lugar a dudas³⁹.

Sin embargo, no es claro el mecanismo mediante el cual se llega a establecer esta responsabilidad pues si bien se impone la obligación de indemnizar la pérdida de chances por parte de quien presuntamente ha contribuido culpablemente a ello, no se establecen los criterios fundantes de esta atribución. El nexo causal que vincula el actuar del sujeto activo de la obligación resarcitoria con el hecho dañoso es azaroso e incierto, por basarse en la mera posibilidad (es decir, que la acción valorada pudo probablemente haber sido causa del evento, lo cual implica admitir que también pudo no haberlo sido), aserto que podría llevarnos a concluir que la valoración de cada caso en particular en principio carecería de un adecuado sustento fáctico. En síntesis, se hace una imputación de la pérdida de chances "en abstracto", pero sin llegar a exponer ni justificar los extremos que fundarían su aplicación concreta.

De todas formas, también se ha dicho que lo que es oscuro e indeterminado en el hecho aislado, deja de serlo en la medida en que adoptamos una visión más global. Los eventos que individualmente considerados son aleatorios e inciertos cambian su naturaleza al ser observados en conjunto. La consideración de los hechos en forma plural permite "despejar reglas constantes", las "reglas del azar". De esta forma lo fortuito e imprevisible aparece domesticado por el cálculo estadístico y probabilístico, por la "ley de los grandes números"⁴⁰. Este elemento, a primera vista novedoso, lleva ya un buen tiempo al servicio del Derecho.

- Lo vemos en el contrato de seguro, donde el "riesgo asegurable" es la clave de la determinación de sus otros elementos, como el monto de la prima o el alcance de la cobertura.

- En el área de la salud, jubilación y seguridad social en general es el factor clave para establecer las posibilidades de prestación y el monto de los aportes. No en vano se habla también de "previsión social".

- En el ámbito del derecho del trabajo tiene fundamental importancia en lo que hace a las convenciones colectivas de trabajo, que necesariamente deben tomar en cuenta los intereses de vastos sectores económicos y ocupacionales.

- Lo vemos (¡curiosa coincidencia!) en los contratos de medicina "prepaga", en los que el elemento riesgo es muchas veces determinante del alcance de la cobertura (y muchas otras encubre la intención de eludir el cumplimiento de las prestaciones⁴¹).

³⁹ En el citado fallo "Amante s/AMTA".

⁴⁰ Paggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 758, nota 3, citando a Alain Bénabent.

⁴¹ Por ejemplo, "Avezca, Enrique s/Centro Médico Santa Fe", L.L., diario del 12-V-1997.

Respecto de nuestro tema, cabe considerar ciertas variables estadísticas que podrían resultar esclarecedoras para la valoración del actuar concreto del presunto agente causal:

- Probabilidades de supervivencia y curación del paciente.
- Probabilidad de éxito del tratamiento u operación aplicado.
- Porcentaje de tratamientos y operaciones exitosos y fallidos.
- En los casos de intervenciones fracasadas, los motivos que generalmente llevan a dicho fracaso.

De esta forma, podríamos decir que el hecho individual se encuentra ahora contenido en un margen más amplio, que nos permita valorarlo con mayor acierto. Así, puede argumentarse que, debiendo ser el daño atribuido a alguien (sea el contribuyente, el dañador o la víctima), ¿no es más justo que quien tiene una culpa en su causación se lleve la peor parte? Y también podría decirse que, de todas maneras, la indemnización siempre será directamente proporcional a la probabilidad de causalidad, lo que de cierta forma reflejaría la medida de su negligencia.

Pero la utilidad de estas herramientas en algunos campos no necesariamente implica que sea suficiente una adecuada evaluación estadística para lograr un reparto equitativo de bienes y males. No es lo mismo crear un fondo de garantía solventado mediante el impuesto o promover la utilización de un seguro que cubra los riesgos quirúrgicos, que establecer la obligación de indemnizar un daño de causación incierta en la medida de la mayor o menor probabilidad de autoría. En los dos casos podemos servirnos de la misma información estadística, e incluso llegar a idénticos resultados respecto de la víctima. Pero mientras que en el primero la distribución es proporcionada entre todos los sujetos del sistema del que se trate, en el segundo el imputado podría verse obligado a resarcir consecuencias que no causó, sufriendo un sacrificio especial del cual surge un beneficio incausado a favor de la comunidad.

3) ¿Acaso nos abruma la culpa?

Continuemos con el análisis de la cuestión anterior: habíamos dicho que manejamos una herramienta útil pero no infalible para el reparto de la fortuna. Esto es así porque, como toda cosa en este mundo, necesita ser usada en una forma mínimamente coherente. El criterio de los grandes números debe ser aplicado a muchas personas para evaluar un gran número de conductas, y no para sobrecargar los hombros de un solitario individuo con pesados cálculos y falsas certezas⁴². Podríamos decir que de

⁴² No olvidemos que existe una justicia conformativa y una justicia distributiva, y que para lograr la "Justicia" es preciso tener en cuenta a ambos. No sólo es importante quién recibe la reparación sino que también es preciso asegurarnos tener en cuenta de

esta forma nos aseguramos la reparación del daño injusto, pero ¿acaso sabemos qué es más injusto?

Personalmente opino que nos encontramos frente a una solapada maniobra que realice la culpa en detrimento del nexo causal⁴³.

Vemos que estos dos elementos son en ocasiones tan similares que se hace difícil (y a veces imposible) distinguirlos en forma acabada. Esta similitud hace que sus contenidos sean fácilmente intercambiables para quien no está alerta a sus sutilezas. Por ello no es extraño que se intente suplir la ausencia de uno con la magnificación de la otra, "olvidándose" que no puede haber culpa si ésta no está referida a un autor determinado⁴⁴. Lo que es más, las decisiones fundadas en la doctrina de la pérdida de chances de curación y supervivencia pocas veces se preocupan en fundar fícticamente esta atribución de posibilidades, contentándose con resaltar lo reprochable de la conducta obrada.

De esta manera, al mismo tiempo que se crea un mecanismo de imputación comparable al llamado "derecho penal de autor", paradójicamente se desperdicia la oportunidad de aprovechar las ventajas que los datos estadísticos podrían brindarnos de decidimos a acotar su campo de acción, ubicándolos en su correcto lugar. Esta clase de información podría ser fuente de verdaderas presunciones *hominis*, que de ser graves, precisas y concordantes con otros elementos de juicio aportados⁴⁵, aliviarían sensiblemente la carga probatoria de la víctima.

quien lo recibe, pues si escogemos a la persona errada en definitiva lo único que se hace es trasladar el daño sufrido a quien no tiene por qué sufrirlo. Así, pagaríamos una injusticia con otra.

⁴³ Al respecto, ver tabla supra, punto III, 2). Vemos que en definitiva, el criterio tomado en cuenta para establecer la responsabilidad no es más que la presencia o ausencia de culpa.

⁴⁴ Aún más, recién ahora podemos observar que es imposible hablar de culpa si ésta se refiere a un autor si hubiéramos hecho esta observación antes hubiera sido imposible continuar el trabajo. Aún tomando factores objetivos de medición de la culpa, como el del "buen padre de familia", es importante recordar que el objeto de nuestra condena no es la persona inepta sino el acto ilícito, y que para juzgar lo ilícito del acto es conditio sine qua non contar antes con tal acto. O, dicho de otra manera, una persona sólo es culpable respecto de sus hechos, y no por lo que tal vez haya hecho. Y si queremos basar la responsabilidad en factores de atribución distintos de la culpa, pues bien, que así sea, pero no olvidemos que un criterio de atribución lleva implícito también uno de distribución, y que la conjugación de ambos debe llevarnos a un resultado justo.

⁴⁵ A un paso del final de esta exposición, es preciso volver sobre uno de los temas tratados al principio: la presunta desigualdad probatoria del particular frente al profesional. A nuestro entender, esta revela un carácter sumamente relativo. Si bien no es posible negar que existe al momento en que se convienen y ejecutan las prestaciones en cuestión, es dudoso que subsistan al momento de ventilarse el asunto en juicio, pues los derechohabientes (y también los abogados diligentes) tienen la posibilidad de hacerse asesorar por profesionales cuyos conocimientos son equiparables (e incluso muy superiores) a los del imputado. Asimismo, no conviene olvidar la vieja máxima res ipsa loquitur (la cosa

De no aceptar estas condiciones, pronto dejaríamos de proteger al paciente de la conducta ilícita del médico, para pasar a despojar a uno para favorecer a otro, sin saber mucho acerca de ninguno. No podríamos hablar de *daño injusto*, pues lo será tanto uno como el otro.

Es verdad que en el derecho moderno asistimos a una "alianza entre la justicia y el azar", como es también cierto que el nuevo derecho de daños tiene como meta procurar a la víctima una situación menos incierta, "ampliando las fronteras de legitimados activos y pasivos"⁴⁴, allanando el camino de la reparación. Pero tampoco es falso afirmar que imponer que un individuo soporte los males de un tercero, sin que contemos para ello con un factor no ya solamente de atribución, sino también de distribución idóneo, no es reparar estos males sino multiplicarlos.

¿Estamos tratando de proteger a la víctima, o de culpar al culpable por su sola culpa?

hablo por sí misma) pues muchas veces la respuesta de nuestros dudas se hallará en el mismo cuerpo de la víctima; conociendo los efectos es más sencilla llegar a las causas. A esto agreguemos que el tratamiento u operación nunca pueden estar del todo indocumentados, pues hay ciertos documentos a los que se puede tener acceso en forma relativamente poco complicada (estudios clínicos, radiografías, recetas de medicamentos e indicaciones para su aplicación, etc.). De igual manera, la historia clínica —si bien insuficiente por sí misma para eludir la responsabilidad— es un importante elemento de juicio. Y si quisiéramos trabajar sobre el tema, facilitando la tarea de la víctima, podríamos considerar la sugerencia por Augusto M. Morello acerca de las cargas probatorias dinámicas (es decir, que cada uno prueba los extremos que tiene más a mano). Para terminar, si a todo esto le sumáramos las presunciones *hominis* que podrían surgir de datos estadísticos, podríamos llegar a la conclusión de que no es poco razonable tener por inocente al imputado cuyo autoría no se demuestra.

⁴⁴ Tal como propone el maestro Néstor Irujo.