**PROFESIONES LIBERALES EN LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL**

CARLOS ROSENFELD
Buenos Aires - Argentina

LAS OPERAE LIBERALIS

En el Derecho Romano se distinguía entre la *locatio operis* (locación de obra) y la *locatio operarum* (locación de servicios.). Había *locatio operarum* cuando una persona, el locator (obrero), se obligaba a prestar a otra, el *conductor* (patrón), servicios determinados, mediante el pago de una merces. Tenía por objeto lo que hoy llamamos trabajos a jornal, particularmente aquellos que no requieren conocimientos especiales, y sobre todo, los manuales. Era llamado por los romanos “trabajo mercenario” para distinguirlo y excluir las *operae liberalis*, que son los servicios prestados por las personas que ejercían profesiones liberales, como los médicos, abogados, profesores (gramáticos, retóricos, y geómetras), agrimensores, etc.

Esta distinción se debió a que los profesionales liberales se negaron a ver como una locación a los contratos que celebraban con ocasión de sus servicios, y prefirieron hablar de la existencia de una sociedad o de un mandato pretendiendo, en consecuencia, que no cobraban merces, sino honorarios; y la negación de los profesionales liberales obedeció, a su vez, a la circunstancia de que los trabajos mercenarios eran considerados como serviles (*loco servís*) y por ello se resistían a llamar merces a lo que percibían como compensación de sus servicios.

Al principio los honorarios no eran obligatorios, y luego no pudieron ser reclamados más que por una *cognitio extraordinaria*, según lo afirma Ulpiano en el libro L, tít.XIII, pr. 1 y 10 del Digesto.

Cognitio extraordinaria se llamaba al proceso (y *judex* al magistrado) en que el magistrado no enviaba a las partes delante un juez, sino que decidía el mismo la disputa sin organizar el “*judicium*”. La sentencia dada por el magistrado se llamaba “*decretum*”. La condena no era siempre pecuniaria: Se relacionaba con la misma cosa que se hacía objeto del proceso, cuando no había ningún obstáculo.

Desde que en Roma las *operae liberalis*, predominantemente intelectuales, estaban reservadas a los ciudadanos libres, y las labores, esencialmente manuales, correspondían al esclavo, se ha encontrado semejanza entre profesión liberal y profesión intelectual, aunque no toda profesión intelectual es profesión liberal, ni toda actividad que se desempeña de modo libre y autónomo es propiamente intelectual.

Correlativamente, se ha discriminado entre oficio y profesión, en el origen mismo de la difusión actual del distingo entre obligaciones de medios y de resultado, aunque en la primera categoría se incluye al profesional de la arquitectura. En nuestro código civil, ubicándolo en el rol del locator de obra, el art. 1630 consagra para él un régimen severísimo de responsabilidad acentuado por el art. 1646.

En otra versión, la separación entre ambos conceptos derivaría del hecho de implicar la profesión un sacerdocio que pone en juego la capacidad y la honorabilidad personal en cada acto de ejercicio; inclusive, se afirma que hay relación social entre los profesionales liberales y sus clientes y que ahora corresponde calificar como sociales a las profesiones que antes se denominaron liberales.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL PROFESIONAL LIBERAL EN ROMA

El delito (*maleficium*) constituía en Roma, junto a los contratos y a las *varias cusarum figuris*, una fuente de obligación. Seguramente es la primera que se ha reconocido como tal ya que los contratos requieren un cierto grado de cultura jurídica, mientras que la noción de la necesidad de que el autor de un hecho lesivo de los derechos repare el perjuicio que con el mismo ha causado a su víctima, se presenta con toda nitidez hasta en las conciencias más primitivas. Es así como la culpabilidad característica de los hechos ilícitos parece haber sido, en Roma, la raíz de la responsabilidad en materia de obligaciones y de la división entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Los primeros antecedentes, en la órbita extracontractual, referidos a la responsabilidad por daños ilícitos, los podemos encontrar en la Ley de las XII Tablas, que en lo que concierne al tema en estudio, castigaban al que fracturase un hueso al esclavo de otro, con pena de ciento cincuenta ases (Tabla VIII).

Durante la República se dicta el plebiscito conocido como la Ley Aquilia, en el cual se pretende realizar una generalización de los casos posibles de daño ilícito (*Damumm iniuria datum*). Sin embargo, ese intento de generalización dejó sin considerar todos los posibles casos de daño ilícito. La Ley Aquilia fue, por lo tanto, ampliada y completada posteriormente por el derecho pretoriano y la *interpretatio jurisprudentialis*; y con Justiniano podemos comenzar a analizar lo referente a la responsabilidad extracontractual de los profesionales liberales.

De ahí que en adelante se desarrollará el tema a partir de las consideraciones vertidas en el Digesto y en las Institutas.

En primer lugar nos parece apropiado determinar cómo ha sido tratada en general la responsabilidad extracontractual, esto es, cómo funciona la culpabilidad, y por ende cómo surge la obligación de reparar el daño para los sujetos responsables.

Para ello se hace necesario observar cómo es definida la injuria:

Según se desprende Digesto 9, 2, 5, 7: “Pero conviene que la injuria la entendamos aquí, no como respecto a la acción de injuria, cualquiera contumelia, sino lo que se hizo no según derecho, esto es, contra derecho, a saber, si culpablemente hubiere alguno matado y por esto concurren a veces ambas acciones, la de la ley Aquilia y la de injurias, pero habrá dos estimaciones, una la del daño y otra la de la contumelia. Así, pues, entenderemos aquí por injuria el daño causado por culpa, aún por aquel que no quiso causarlo por culpa, aún por aquel que no quiso causarlo”. Y según las Institutas 4, 3, 2: “Matar injustamente, es matar sin ningún derecho. Por consiguiente, el que ha muerto a un ladrón, no se halla obligado por la acción, si es que no podía escapar de otro modo del peligro”; y en el Título IV “De las Injurias”,

donde dice: “Injuria, en su acepción general, significa todo acto contra derecho; en un sentido especial quiere decir, ya ultraje, que viene de la palabra ultrajas, entre los griegos; ya culpa, en griego, como en la ley Aquilia, cuando se dice perjuicio causa la injuria. Otras veces, en fin, se toma en el sentido de inequidad e injusticia. En efecto, se dice de aquel contra quien el pretor o el juez han pronunciado una sentencia injusta, que ha sufrido injuria.”

Por lo tanto es necesario ver cómo se define, a su vez, la culpa. Así vemos en las Institutas 4, 3, 3: “La ley Aquilia no es aplicable a aquel que ha muerto a uno como acaso, y no habiendo ninguna culpa por su parte; por que de otro modo castigaría la ley Aquilia la culpa no menos que el dolo.” La definición de culpa puede completarse con lo dicho en las Institutas 4, 3, 8: “del mismo modo, si un muletero por impericia, no puede sujetar sus mulas que se desbocan y que atropellan a tu esclavo, hay culpa; si por debilidad no ha podido sujetarlas, mientras que otro más fuerte hubiera podido, hay culpa igualmente. Las mismas decisiones se aplican al que, montado en caballo, no ha podido contener su fuego por falta de fuerza o por impericia.” A los efectos de la responsabilidad profesional, este párrafo es sumamente relevante en cuanto enseña que es reprochable la conducta de quien se pone a hacer cosas que superen sus aptitudes y/o fuerzas.

Cabe hacer consideraciones de lo dicho hasta este momento:

Los párrafos 4, 3, 2 y 4, 3, 3 de las Institutas formalmente siguen el orden del tratado de Institutas de Gayo, pero mientras este dictaba reglas para interpretar el texto de la ley, aquí vemos introducida la referencia a la culpa como un nuevo elemento autónomo del hecho particular, a comentar.

En el par. 2, el concepto de “injustamente” es explicado y después ejemplificado; la explicación es general, y esta puntualizada sobre el ejercicio de un derecho; el ejemplo proviene probablemente del Digesto 9, 2, 4 que dice: “Y así, si yo hubiere matado a un esclavo tuyo, ladrón, que me acechaba estaré exento de responsabilidad; por que la razón natural permite defenderse contra un peligro”; y precisa la legítima defensa, que seguramente es la más típicas de las desincriminaciones.

Cuando el par. 3 se introduce la referencia al dolo o a la culpa, no hay duda alguna de que nos encontramos afuera del precedente análisis anterior de las causas de justificación. Esta distinción es la expresión de motivos dogmáticos evidentes; la imposibilidad de presentar al “matar casualmente” como una forma del ejercicio de un derecho. Según este esquema el dolo y la culpa se presentan como independientes del requisito de la injusticia, previsto por las palabras de la ley, con el cual tienen un punto de contacto, esto es: en presencia de ellos uno es obligado, en ausencia de ello, no es obligado.

En este nuevo esquema además de la noción de culpa ya indicada hay otra particularidad: se dice si el hecho ocurrió “casualmente”, pero en el sujeto se encuentra una culpa, él es obligado. Es decir, por el dolo se responde siempre; si el hecho se verifica casualmente se necesita comprobar si se encuentra o no una culpa en el sujeto agente, y sólo si no hay culpa alguna él no es obligado.

Después de realizar estas consideraciones generales, y ahora que sabemos cual ha sido el tratamiento de la culpabilidad, debemos abordar, en particular lo relativo a la culpa en las profesiones liberales.

Tiene un tratamiento particular la hipótesis de la impericia en el contexto de la culpabilidad profesional:

En el Digesto 1, 18,7, leemos que: “Así como no debe imputarse al médico la eventualidad de la muerte, así se debe imputársele la que por impericia cometió, no debe quedar impune, so pretexto de la fragilidad humana, el delito del que engaña en el peligro a los hombres.”

En el Digesto 50,18,132 se incluye concretamente a la impericia como culpa, puesto que se dice: “la impericia es contada como culpa”.

También encontramos una referencia a la impericia en el Digesto 9,2,7.8 “Dice Próculo, que si con impericia hubiera operado el médico a un esclavo, compete o la acción de arrendamiento o la de la Ley Aquilia”.

En definitiva las Institutas (4.3.7) nos explican el esquema de la impericia, la cual se cuenta también como culpa, a través del siguiente ejemplo: “... si un médico ha muerto a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado inoportunamente algún medicamento”.

Estamos hablando de una especie de extensión de la noción de culpa (“se cuenta como”). La falta de las aptitudes específicas requeridas en el cumplimiento de una actividad que las requiere comporta un reproche: aquella del médico es una profesión ejemplar bajo ese perfil.

Pero como ya se percibió superficialmente, la responsabilidad no se agota con el acto único de la operación, y ahora lo volvemos a ver en el Digesto 9,2,8: “Gayo; el mismo derecho hay, si malamente hubiera usado de un medicamento. Pero que hubiera hecho bien la operación quirúrgica y hubiere abandonado la operación tampoco estaría segura, sino que se entiende que es reo de culpa.”

También es explicado en las Institutas 4, 3, 6: “si un médico después de haber operado a tu esclavo abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa”.

En este párrafo trata de la responsabilidad por una conducta articulada en el tiempo en modo complejo: la intervención quirúrgica realizada por el médico no es una conducta en sí misma concluida; ella implica, por consiguiente, también intervenciones sucesivas (medicaciones, etc.), que vienen evaluadas globalmente para verificar si las actividades en su conjunto son o no reprochables: el “abandonar su curación” no siendo una fase propia del “operar” que lo pueda calificar como perito o imperito es aquí presentado con ese acto único quirúrgico porque es necesario para que el médico tenga bajo control, las posibles evoluciones derivadas de la operación.

Es destacar lo dispuesto en el Digesto 9,2,9: “Así si una partera hubiere dado un medicamento y de resultas hubiere perecido la mujer”, Labeón distingue, que si verdaderamente la aplicó con sus manos se entenderá que mató, y que si la dio para que la mujer se lo aplicase se ha de dar la acción por el hecho. Cuyo dictamen es verdadero por que más bien que mató, dio causa para la muerte.

Si por fuerza o persuasión alguno administró a otro un medicamento o por la boca, o con lavativa, o si lo untó con un veneno malo, queda sujeto a la Ley Aquilia, así como queda sujeta la comadrona que lo aplica.

También merece un tratamiento especial el esquema de la imprudencia. Así lo podemos apreciar en el Digesto 9,2,3: Si enseñándolo hubiera el maestro herido o matado a un esclavo, ¿ quedará obligado por la Ley Aquilia, cual si hubiere causado el daño con injuria. Y escribe Juliano, que queda obligado por la Ley Aquilia el que enseñándolo hubiere dejado muerto al discípulo; luego con mucha más razón se habrá de decir lo mismo si lo habría matado. Como ejemplificación el texto continúa diciéndonos: “Un zapatero dice, a un niño aprendiz, hijo de familia, que no haría muy bien lo que le habría enseñado, le dio golpe en la cerviz con la horma de un zapato, de tal suerte que al niño le vació un ojo; y de ello dice Juliano, que no compete ciertamente la acción de injuria, porque no le había dado el golpe para inferir la injuria, sino con objeto de reprenderle y enseñarle, pero duda si la de arrendamiento, porque el que enseña le es permitido un leve castigo. Pero no duda que debe ejecutarse la acción de la Ley Aquilia, y luego se explica D 9, 2, 6)” porque la demasía crueldad de un preceptor se considera como culpa.

En cuanto a la reparación del daño causado se establece en el Digesto 9,2,7 que le corresponde al padre “ lo que el trabajo de su hijo haya de percibir por causa del ojo inutilizado y lo gastos que hubiere hecho para su curación.

En definitiva se reafirma lo dispuesto para la reparación del daño en general en el Digesto 9,1,3 porque se consideraba que- un cuerpo libre no admite estimación, sino de los gastos hechos en la cura y el trabajo perdido, y del que hubiera de perder cualquiera que hubiere quedado inutilizado.

RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES EN LA ACTUALIDAD

INTRODUCCION

Como complemento de este trabajo de investigación, hemos decidido realizar una breve reseña a cerca del estado actual de la responsabilidad contractual y extra contractual en las profesiones liberales.

Los estudios de esta temática son realizados por los distintos autores en forma específica, es decir analizando una a una las distintas profesiones liberales (responsabilidad de abogados, escribanos, médicos, etc.). Es importante destacar que si bien todas tienen rasgos comunes, también tienen sus diferentes matices.

Consecuentemente y dada la extensión de esas investigaciones, hemos escogido como referencia la actividad de los médicos y su régimen de responsabilidad. Además creemos que es una de las profesiones en las que la responsabilidad ha tenido y tiene mayor importancia, debido a que los bienes jurídicos tutelados trascienden la esfera meramente patrimonial

En realidad parece ser la misma metodología que siguieron los romanos, puesto que también han utilizado como eje temático la responsabilidad de los médicos.

RESEÑA HISTORICA

La responsabilidad de los médicos cobra especial importancia debido a que se relaciona con los bienes más preciados del ser humano.

El concepto de profesionales significa todos aquellos individuos que han obtenido un título universitario y que representan en cada rama o saber científico una cualificación de áreas específicas.

Mientras que en otras profesiones, el objeto de la actividad requerida es de trascendencia puramente patrimonial, en la medicina, más allá de la reparación económica de la muerte, la enfermedad, etc., se hallan en juego bienes que se sitúan fuera del comercio, inalienables, imprescriptibles; deduciéndose así que esta actividad comprometa una responsabilidad de orden público, no pudiendo caer sobre ella pactos excluyentes o limitativos, ni que se acepte, tácita o expresamente un riesgo aceptado. Pero nada impide que el médico, o sanatorio contrate para cubrirse de la responsabilidad civil emergente de su actuar, un seguro.

A principios de siglo, el profesional ejerció su profesión liberalmente, ocupaba una posición en la sociedad y la profesionalidad le otorgaba una distinción de tradición, y linaje. La profesión era un instrumento, adecuado para acceder a la política y a cargos públicos.

A medida que el siglo fue transcurriendo, con el correr de la modernidad, los profesionales fueron perdiendo aquel compromiso colectivo con la sociedad, hasta transformarse en meros hombres de negocios.

Luego de la segunda guerra mundial, se dimensionaron en la sociedad, los derechos sociales, la medicina pública, los servicios sociales sindicales con atención médica, jurídica, odontológica, etc.

Una de las transformaciones que sufrió, es la de producción y de consumo de masas y la profesión liberal fue reemplazada por la asistencia social, siendo el hábitat del médico, ya no tanto su consultorio sino el de los hospitales o el de las obra sociales.

La medicina instrumental, la robótica, la computarización, abren hoy nuevos espacios y rubros para los profesionales de la salud, teniendo éste que adaptarse a estos cambios en la sociedad.

Hoy en día, con todos los avances, hay que partir de una realidad, que es que el médico con su actuar, en ejercicio de sus funciones, puede realizar actos que originen daños no justificados, y que dichos daños merezcan una reparación.

No hay que ignorar algo que sucede muy a menudo, que es que los profesionales practican la medicina importándoles solamente el dinero y no la salud del enfermo, que muchas veces se transforma en una actividad mecanizada, burocrática, dando así lugar a una responsabilidad Civil por mala práctica.

Esta mala práctica, genera en el hombre común un reclamo de humanización, y a la vez de una medicina más preparada, confiable y menos falible; más aún en esta época que con toda la tecnología y su consecuente masificación, el hombre necesita ser tratado como persona, y ello se logra con una medicina más humanizada.

RELACIÓN MÉDICO PACIENTE - DEBERES DE LOS PROFESIONALES

Uno de los motivos que genera comúnmente responsabilidad, es el relacionado con el vínculo profesional. Este debe estar resguardado de toda política afectiva o

emocional, o sea, en lo posible lo menos contaminado por estos factores psicológicos, para así prevenir deficiencias en la relación, dado que lo que se debe recibir del profesional es solamente el saber.

Hay que dejar a salvo que la responsabilidad ética es solamente del profesional, dado que el que solicita ayuda se halla habitualmente en un estado en donde se precisa afecto y protección. Este tema ocurre con mucha frecuencia dentro de la especialidad de médico-psiquiatra y sus pacientes.

La ética se sostiene sobre la oferta de un saber consiente a cambio de un honorario, tiene que ser un adecuado saber, tiene que haber transparencia en el vínculo, pero resguardando éste de las distorsiones a las que fuerzan las conductas inconscientes.

Esto se logra con un vínculo profesional, en el que se conserva la distancia entre el que consulta al médico y el médico mismo.

También existen paralelamente a la actividad profesional en sí, deberes secundarios de conducta, impuestos a los contratantes por los principios de la buena fe, cuidado y previsión, que establece el art. 1198 del C. Civil. Un ejemplo de esto es la obligación de guardar secreto profesional durante la relación médico paciente y aún cuando ella se encuentre extinguida.

Respecto del consentimiento, en principio, el médico no debe emprender ningún tratamiento, ni ninguna intervención sin haber obtenido el consentimiento del enfermo (art. 19 inc. 3, de la ley 17.132.).

El problema de la moralidad y el valor de los experimentos realizados con pacientes psiquiátricos cuya capacidad mental y juicio están afectadas, y por tanto son incapaces de un consentimiento informado, da lugar a nivel mundial, al planteo del tema de la responsabilidad de los profesionales que realizan tales estudios sin un consentimiento realmente válido, a sabiendas de que la supresión brusca de la medicación o la administración de determinadas sustancias puede agravar los síntomas, o ignorando las necesidades de tratamiento de aquellos sujetos que actúan como control en estudios de placebo. Todo esto requiere una inmediata adecuación de las garantías actuales, de los comités de control y la trivialización del consentimiento informado que se aplica.

Todas estas obligaciones que emergen del contrato de prestaciones profesionales puede finalizar en su incumplimiento, y éste genera un daño, el cual, debe ser reparado.

RESPONSABILIDAD MORAL

El médico tiene una responsabilidad moral, además de la que surge del ejercicio de su profesión, y esto se debe a su status que como profesional lo distingue del mundo; esto se diferencia de lo que ocurría en Roma, que como hemos visto ya en otras oportunidades, se trataba de un pueblo eminentemente realista y práctico, por lo que el esquema de la responsabilidad moral como hipótesis sin entidad material, no ha sido tomado en cuenta por las fuentes. Como ya hemos visto la reparación del daño en Roma, incluía sólo el daño emergente y el lucro cesante sin considerarse el daño moral. A este privilegio le corresponde un deber de servicio, manifestándose en

una mayor responsabilidad moral, esta es esencial para su vida de servicio, y en el ejercicio de esa vida. Esta responsabilidad moral se origina fuera de un contrato.

Al incumplimiento por parte del médico, de prestar servicio, se impone el deber de reparar.

Las normas que regulan el ejercicio de la medicina, deben ser algo más que meros consejos, ya que llamamientos al honor, la buena fe, y a la moralidad, en otros tiempos eran escuchadas y acatadas, pero hoy, son insuficientes.

Las sanciones a aplicar por los tribunales de ética profesional, o las autoridades sanitarias en ejercicio de su poder disciplinario, además de tener una relativa eficacia sobre el comportamiento futuro del médico, son indiferentes para la víctima de la mala praxis.

Por lo tanto el reproche de conciencia, debe ir unido a una condena civil.

Un quehacer inmoral no puede ser indiferente al orden jurídico, y si de él se sigue un perjuicio, debe llevar su castigo resarcitorio. 'Teniendo el médico una especial responsabilidad, ya que su actividad, está entregada al servicio de la comunidad.

Por lo tanto, los deberes del médico podemos sintetizarlos en dos grandes principios: humanización y ascética en el ejercicio de la profesión.

RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL MÉDICO

El ordenamiento jurídico, que regula la vida del hombre, sanciona las conductas que juzga disvaliosas, violatorias de los bienes jurídicos que protege de dos maneras, una con sanciones represivas (reprimiendo al autor de la conducta antijurídica) y otras con sanciones reparadoras (o compensatorio, tendiendo a beneficiar a quien ha sido dañado.).

El derecho avanza hacia metas de progreso y mejoramiento, y este avance se ha hecho notorio en el tema de la responsabilidad civil, y por consiguiente el de la responsabilidad médica.

Estas modificaciones se han hecho paulatinamente, debido a los reclamos de pacientes que se han considerado víctimas de daños injustos.

Este fenómeno no solo ha sucedido en Argentina, sino en la mayoría de los demás países. Pero ¿cual es el factor determinante de todo esto?. En los tiempos actuales se ha revalorizado, la vida humana, la integridad física, y la salud, no solo el conservarla, sino también en diferentes aspectos como cuando se declara resarcible el daño estético, el perjuicio por lesión a las facultades culturales, artísticas, sexuales, religiosas, etc. Tendiendo el derecho a compensar todo dolor, angustia, molestias, injustamente inferido a la persona, y toda esta revalorización de la persona lleva a él reconocimiento por el ordenamiento jurídico de los bienes mencionados, como merecedores de tutela, de protección, como verdaderos derechos subjetivos.

Y esta lesión a los derechos subjetivos, trae aparejado un daño susceptible de ser reparado.

Con respecto a la protección de la salud, el estado moderno esta preocupado por la protección del consumidor, y el enfermo consume bienes y servicios, o sea los remedios, y la atención médica. Es éste la parte débil de la relación médico paciente.

La incompetencia de los médicos y los frutos de ella produce malos diagnósticos, pronósticos equivocados, tratamientos erróneos, siendo esto la causa de la abundancia de vicios por responsabilidad médica. Y es ésta medicina sin nivel la que no puede ser amparada por los peritos médicos ni por los jueces.

NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El deber de prestar la debida asistencia, supone que el médico fue requerido y aceptó intervenir, lo cual significa que asumió su deber de prestación médica. La omisión en este caso de prestar la asistencia conforme a los principios de la ciencia y al arte de curar da lugar a responsabilidad contractual, porque el profesional se comprometió en una obligación de medios para satisfacer la expectativa del paciente de recuperar la salud o mejorar su estado.

Toda la omisión de deberes por parte del médico, se denomina mala praxis, lo cual configura la culpa médica en la ejecución del contrato.

El médico no se obliga normalmente a llegar a un final feliz, como es que el enfermo se recupere totalmente, sino que se obliga a cumplir con un paquete de deberes principales y accesorios, dirigidos a esta finalidad (la recuperación, o dar un pronóstico adecuado.).

El médico tiene el deber de brindar todos los medios necesarios y apropiados para lograr la curación.

Y por esto le incumbe a él la prueba de semejante requisito; pero aparte de esta prueba, deberá convencer al juez para liberarse frente a un mal resultado demostrando no solamente que se dedicó la atención necesaria al paciente, porque esto sería insuficiente, sino además, tiene que aportar elementos que prueben haber puesto todos los medios necesarios para su cura, y que aún así no se pudo por la presencia de un alea incontrollable (caso fortuito.).

El incumplimiento por parte del profesional de sus deberes, puede traer como consecuencia un daño y por ende, el daño debe ser reparado, por ello la base del sistema será la reparación y no la responsabilidad teniendo en cuenta los elementos comunes y los específicos de ella.

ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD

Este ámbito de la responsabilidad tiene significación en cuanto a la extensión del resarcimiento y la prescripción, si la responsabilidad es contractual, solo se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias, y si es extra-contractual se extiende a las consecuencias mediatas.

En la doctrina y jurisprudencia francesa se afirmó durante mucho tiempo, que la responsabilidad profesional del médico era de carácter extra-contractual. Se argumentaba en tal sentido diciendo que la ley obliga a toda persona a no cometer imprudencia o negligencia, de modo que el contrato nada ha agregado, es la ley la que en

realidad ha creado la obligación. Las obligaciones que pesan sobre el médico no pueden considerarse exclusivamente derivadas del contrato que intervienen entre él y su cliente.

La jurisprudencia de los tribunales franceses, cambió este criterio después de un fallo de la corte de casación que fijó el principio de la responsabilidad contractual del médico.

En la doctrina nacional prevalece el concepto de que la responsabilidad de los médicos es contractual, aunque sin embargo algunos autores sostienen que habría una responsabilidad extra-contractual. Estos últimos, fundan esta conclusión, en que la responsabilidad que pesa sobre el médico, que atiende a un enfermo en su consultorio, u opera a un enfermo con su consentimiento, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que atiende a una persona u opera de urgencia a un accidentado que se encuentra en estado de inconciencia. En todos estos casos la responsabilidad del médico es la misma.

Bustamante Alsina, opina que considerar que la responsabilidad es siempre extracontractual, sería confundir la fuente de la obligación con el contenido de la prestación misma en cuanto a los deberes a los que está sometido el médico. Desde luego no hay diferencia que hacer entre los deberes profesionales a los que está sometido el médico como tal, de su obligación contractual o extra-contractual.

Si los servicios profesionales deben ser prestados como consecuencia de ser requeridos por el paciente, no se puede negar que acá la obligación se origina de un contrato, por lo tanto ésta comporta una obligación contractual.

Pero cuando la atención se presta en ausencia de todo contrato, la responsabilidad es extra-contractual. Por supuesto que en ambos casos la culpa se va a apreciar de la misma manera.

RESPONSABILIDAD QUE SURGE DEL CONTRATO

Si la relación emerge de un acuerdo de partes, su fuente es contractual.

Que la relación médico paciente este basada en un contrato, esto no significa el desconocimiento de la calidad de los servicios médicos, y del alcance social de la profesión, aunque los bienes sobre los cuales recae la operación jurídica se encuentren fuera del comercio. Los servicios prestados por el médico entran dentro del ámbito de la locación de servicios.

Las partes gozan de la libertad de convenir sus negocios jurídicos y asignarles el contenido que consideren conveniente.

Pero la realidad nos muestra que no todo es tan así, porque los hombres viven en condiciones de desigualdad económica y social, limitando así la libertad de poder ligarse jurídicamente.

Pero la masificación y despersonalización de las relaciones contractuales han provocado que el contrato de negociación individual haya sido sustituido por la contratación estandarizada o de adhesión, sufriendo así la relación contractual un desequilibrio entre sus partes.

En la relación médico paciente, una gran brecha cultural los separa, el profesional es el que tiene el conocimiento y por esto puede diagnosticar y pronosticar, mientras que el paciente es colocado en una situación de inferioridad contractual.

Este desequilibrio, genera una responsabilidad, por varios motivos como es el caudal científico y cultural que posee, y por otra el cliente no tiene en la mayoría de los casos un conocimiento exacto sobre lo que está padeciendo, presentándose temeroso por su vida, débil, pudiendo pasar, no siempre, que el médico manipule los puntos débiles de la psicología del paciente. Frente a esto, el profesional, no se siente que está tratando con un ser libre e igual, por el contrario, se configura una verdadera situación de omnipotencia por parte del médico

También hay que resaltar la complejidad técnico científica del lenguaje, el cual contribuye a esta relación de desigualdad. Todo esto, lleva a que el profesional tenga una serie de obligaciones accesorias, además de las que nacen de la relación contractual, como lo es el deber de información al cliente, pero ésta debe ser llevada a cabo de manera clara y sencilla.

CULPA MÉDICA

La culpa profesional del médico, no es distinta de la noción de culpa en general, y se regula por los mismos principios que enuncia el art. 512 del C. Civil, en cuanto define un concepto unitario de culpa, que se complementa con las precisiones que contiene.

Con respecto a la responsabilidad, el factor de atribución correspondiente es la culpa, a menos que se trate de un caso en particular en que rija la responsabilidad objetiva.