

DISCURSO PRONUNCIADO
POR EL NUEVO DOCTOR
HANS LEO WEYERS

*Excmo. Sr. Rector Magnífico
Dignísimas autoridades
Miembros del Claustro Universitario
Señoras y señores*

ESTE día, para mí, marca una nueva etapa de un viaje espiritual que ahora alcanza casi medio siglo, viaje que comenzó ya en los años cincuenta del siglo pasado en una calle de Friburgo en Brisgovia, donde por una de esas casualidades increíbles tropecé con un joven académico español, Ramón Sainz de Varanda, que entonces acompañaba a una tuna de estudiantes zaragozanos en su primer viaje fuera de las fronteras de una España tan diferente a la de hoy; un viaje que algunos años después me llevó a esta Universidad a trabajar con José Luis Lacruz Berdejo como mentor y que desde entonces me ha permitido gozar tantas veces de la hospitalidad de la Facultad de Derecho y de esta Universidad, cuando trabajamos y discutimos sobre temas tan diversos como el Derecho de familia, la importancia de la cibernética para el derecho, la reforma del Derecho contractual y el comercio electrónico. Es con profunda emoción y pensando en muchos recuerdos que les agradezco este nuevo testi-

monio de amistad, que me honra tanto y me deja al mismo tiempo orgulloso y humilde.

En señal de mi gratitud les presento algunas ideas sobre la teoría de la responsabilidad civil médica, ideas que han sido motivadas por una evolución importante y relativamente reciente en el Derecho civil español.

El progreso de la medicina moderna en todas sus disciplinas es tan enorme e impresionante que no necesita comentario. Tampoco necesita comentario el que en esta materia las esperanzas del ciudadano siempre se adelantan a la realidad. Hay esperanzas exageradas. Por otra parte, hay esperanzas por lo menos comprensibles, y hay esperanzas justificadas que luego no se satisfacen debido a errores como los que pueden ocurrir siempre donde actúan seres humanos. El gran problema de la teoría de la responsabilidad médica por daños —como de toda responsabilidad civil— es el de formular criterios idóneos para seleccionar efectivamente los casos en que una indemnización por resultados insatisfactorios de un tratamiento médico parece justificada.

El criterio tradicional de selección, tanto en España como actualmente en toda Europa con pocas excepciones, es la culpa. Se atribuye indemnización al paciente dañado cuando el tribunal ha constatado actos u omisiones culposos de parte del personal de un centro sanitario o de un médico independiente. Pero en España, a más de los fundamentos tradicionales de la responsabilidad médica, se aplican otras reglas, reglas que basan la indemnización en una responsabilidad objetiva. Es decir, el criterio de la indemnización no es el reproche, la culpa de algún actor en el proceso de curación. El criterio —con algunas cautelas y condiciones muy importantes y necesarias como la ausencia de fuerza mayor— es el mismo daño, causado por el tratamiento o resultado insatisfactorio.

El artículo 139 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable y continuamente aplicado por los tribunales a todos los centros sanitarios públicos, dice:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y

derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Asimismo, dice el artículo 25 de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.

Y el artículo 28 de esta ley incluye expresamente entre los servicios, por los que se responde objetivamente, los «servicios sanitarios» (inclusión, sea dicho de paso, no afectada por la Disposición Final 1.^a de la ley 22/1994 que ha dejado inaplicable la mayoría de los supuestos de este artículo).

El Tribunal Supremo ha demostrado, durante cierto tiempo, una reserva muy marcada al aplicar estas normas en sus sentencias, y todavía parece preferir basarse, en sus fundamentos de derecho, en lo posible, en la existencia de culpa en los demandados. Pero últimamente parece bastante clara su tendencia a emplear, en el sector sanitario, conforme a esta ley, el criterio de responsabilidad objetiva.

Esa transición marca un paso bastante importante en la evolución de la responsabilidad civil profesional, no sólo en el sector médico, y no sólo a nivel nacional español. Puede plantearse también para otros países de Europa, la cuestión de cuáles son los motivos fundamentales en pro de la adopción de un tal sistema.

En general, los sistemas de responsabilidad objetiva se justifican por la idea de «ubi emolumentum, ibi et detrimentum», es decir que si se permiten actividades que son peligrosas por su propia naturaleza, es justo que los que disfrutan económicamente de estas actividades tengan igualmente que asumir sus cargas. El ejemplo más conocido es el uso de vehículos de motor. Pero la aplicación de este motivo a la responsabilidad médica tropieza con dificultades. Primero, el médico no impone al ciudadano una actividad peligrosa como lo hace el automovilista. Es el enfermo quien acude a él para ser cura-

do. A esto es posible replicar que, no obstante, por lo menos hay «emolumentum» porque directa o indirectamente el médico vive de sus pacientes. Vamos a dejar pendiente la validez de este argumento, porque hay más.

La otra dificultad que afrontamos al aplicar los motivos generales para la responsabilidad objetiva al personal sanitario es el hecho de que el médico no crea el riesgo como el automovilista, sino que el principal riesgo existe ya en la condición del enfermo, y que la actividad del médico está dirigida primordialmente a reducir este riesgo —creando, es verdad, por su propia actividad, pero siempre subordinado a su motivo primordial, otros riesgos.

Por consiguiente, el legislador debe decidir primero si, introduciendo la responsabilidad objetiva del médico, quiere cargarle con ambos riesgos o sólo los del segundo tipo. Aparentemente, hay un acuerdo unánime en que se impone la segunda alternativa, es decir, cargar al médico sólo con los riesgos de su actividad terapéutica. Pero cabe constatar ya aquí que por muy inaceptable que pueda aparecer la primera (cargarle con los riesgos implicados por la misma enfermedad), en cierto modo y en parte se la practica ya generalmente, por un mecanismo no muy complicado al que me dedicaré más adelante.

Si por el momento aceptamos que el médico no debe asumir el riesgo de la misma enfermedad, parece que nos vemos obligados a trazar los límites entre lo que concebimos como el riesgo de la enfermedad y el riesgo del tratamiento. Ya al tratar las normas vigentes en España vimos que aquello es una tarea extremadamente difícil. Quizás el temor de no poder lograr deslindar ambos riesgos nos aconseje reflexionar sobre el entorno social y económico en que se plantean estas cuestiones.

Vamos a ver cuál es este entorno. Habrá que recordar algunos datos económico-sociales. En toda Europa hay sistemas de seguro social que entre otros riesgos cubren el de enfermedad, y además hay seguros privados, por lo cual no será atrevido decir que toda la población suele estar cubierta por un seguro de enfermedad. Ese seguro es mantenido por las contribuciones de los ciudadanos. Su función es hacerse cargo de todos los gastos de tratamientos médicos, principalmente de los costos clínicos y de los honorarios y los sueldos de los médicos. La cuantía de estos costes refleja los gastos de los titula-

res de las clínicas y de los médicos. Lo que tengan que pagar los titulares de las instituciones sanitarias y los médicos a título de responsabilidad civil, inevitablemente es parte más o menos importante de estos gastos. Y en gran parte ya no son gastos individuales que varíen de un responsable a otro. Pues allí también vemos colectivos, unidos sea por presupuestos comunes como en el caso del sector público, sea en el sector privado por la técnica del seguro al existir un seguro de responsabilidad civil, afortunadamente cada vez más difundido (y posiblemente obligatorio en el futuro). En resumen, y sin simplificar demasiado, se puede decir que cuantas más indemnizaciones tengan que pagar los responsables por daños infligidos a los pacientes, tanto más elevadas, como reflejo indirecto, tendrán que ser las contribuciones de los ciudadanos al seguro de enfermedad.

Es decir, hoy en día, la verdadera alternativa no es preguntarnos si el riesgo del tratamiento insatisfactorio lo debe asumir el médico o el enfermo y hasta qué punto. Pues si se lo carga al médico, indirectamente se lo carga al colectivo de los asegurados. Por eso, la verdadera alternativa es preguntarnos si es el paciente solo quien tiene que sufrir las secuelas de un tratamiento insatisfactorio o le indemnizará el conjunto de todos los que con sus contribuciones mantienen el sistema de seguro. Concretando algo más, se puede decir que la tarea consiste en definir hasta qué punto el colectivo de pacientes posibles se hará cargo no sólo del riesgo general de la enfermedad, sino también del riesgo de los daños que resultan de tratamientos insatisfactorios. En este contexto, cada norma legal y toda sentencia que la aplica da una respuesta a esa pregunta en un sentido o en otro.

Puede parecer extraña esta perspectiva. Se dirá que siempre es un individuo quien hace valer sus daños individuales contra una sola entidad o una persona física. Pero así lo es sólo a primera vista. Si como juristas queremos enfocar los verdaderos conflictos de intereses y las alternativas reales tales como están, ya no podemos pasar por alto la colectivización cada vez más difundida de los riesgos de daño. Lo queramos o no, el Derecho civil en materia de daños ya no puede ser lo que fue si queremos que tenga virtualidad y no sirva de mera fachada a las alternativas reales, operando en un espacio aislado del mundo real. El que no sea fácil explicar esta perspectiva al ciudada-

no medio e incluso a muchos juristas no debería impedir su adopción en el ámbito de la investigación teórica.

Para el que acepta esta realidad y la toma como punto de partida, las cuestiones básicas cambian fundamentalmente.

Al mismo tiempo, por no despertar falsas expectativas, cabe quizás destacar ya con toda claridad, que en la realidad de hoy esta perspectiva no tiene necesariamente que conducir a soluciones que se distingan mucho de las ya conocidas y practicadas. Se trata sobre todo de un cambio en la perspectiva teórica, tratando desde un principio de plantear los verdaderos conflictos de intereses y tomar el camino directo hacia su solución y a estar preparados a soluciones adecuadas para supuestos futuros todavía desconocidos.

Ahora bien, ese cambio de contexto socio-económico ¿en qué ha cambiado las cuestiones fundamentales de la aplicación de la justicia?

Largo tiempo he pensado que el cambio consistía esencialmente en que debiéramos aplicar ya no, en términos de filosofía aristotélica y tomista, «iustitia comutativa», es decir, que ya no se trataba de establecer y mantener relaciones justas de intercambio entre dos o al menos pocos individuos, sino de aplicar «iustitia distributiva», es decir, distribuir justamente beneficios de parte de la comunidad entre los individuos afectados. Por consiguiente, creía que como motivo de toda decisión deberían ser admitidos argumentos de otra índole, y se trataría de encontrar argumentos apropiados a este contexto. Sabemos que el principio fundamental de la justicia distributiva es la idea de la igualdad. Y sabemos también que ahí está el problema. Es trivial decir que no debe haber ni discriminación ni trato preferente sin justificación. Se trata, como ya sabía Aristóteles, de saber cuál es el rasgo o la calidad en que hay que fijarse para determinar si existe igualdad o desigualdad.

Pero quizás, en vez de iniciar una búsqueda tan difícil de criterios decisivos, debemos analizar aún con más detenimiento los detalles del entorno socio-económico en que opera el pago de indemnizaciones en el sector sanitario, y preguntarnos si verdaderamente afrontamos problemas de justicia distributiva, es decir, si realmente tenemos delante un gran distribuidor de beneficios el cual tuviera la obligación de no discriminar etc. Mirándolo de cerca,

me parece que vemos que no es así. Así sería sólo si se tratara de beneficios distribuidos por un tercero, un «gran hermano» si se quiere, o al menos, si se contribuyera a su financiación en un modo que no tuviera nada que ver con la medida en que cada beneficiario pudiera eventualmente participar en los beneficios.

Pero en realidad son los mismos beneficiarios eventuales los que pagan las contribuciones al sistema del seguro social y las primas del seguro privado. Es verdad que, por lo menos en Alemania, en el cálculo de la cuantía de cada contribución entran elementos de redistribución social. Pero en esta parte del cálculo se reflejan subvenciones estatales claramente separables, tal como si fueran distintas partes del ingreso individual o familiar, y de todos modos no quita que al fin y al cabo son los mismos beneficiarios quienes financian el sistema y que la cuantía de cada contribución refleja los gastos del sistema.

Pues si son los mismos beneficiarios en su totalidad los que financian la indemnización de los daños sufridos por tratamientos médicos insatisfactorios, no nos enfrentamos tanto —o del todo— a un problema de justicia distributiva, sino más bien a un problema sencillamente de técnica de seguros. Se trata de riesgos conocidos y como tales previsibles que pueden afectar a cualquiera de los miembros del colectivo contribuyente, y para el legislador la única tarea —no fácil— consiste en definir cuáles de estos riesgos deben ser cubiertos y hasta qué punto. Y si digo legislador, en realidad pienso tanto en los tribunales como en los parlamentos, puesto que sabemos —y la necesidad de interpretar los conceptos ambiguos de la ley lo demuestra particularmente en esta materia— que los tribunales funcionan en cierta forma como legislador supletorio.

Si se trata, en primer lugar, de definir una cobertura de seguro, entran en la gama de consideraciones y argumentos admisibles otros elementos distintos a los que serían legítimos si se tratara de un problema de justicia.

La primera y más importante consideración es que lo que en términos de responsabilidad civil llamamos «responsabilidad objetiva» no tropieza con ningún tipo de objeciones. En cierto modo el art. 139 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo

Común se puede justificar precisamente como cobertura de los ciudadanos en general frente a los riesgos de la actividad de los órganos públicos. Ahí nunca se ha podido dudar que lo que las entidades públicas han de pagar, corre en resumidas cuentas a cargo de los mismos ciudadanos que según el caso pueden disfrutar como beneficiarios.

Tampoco es un regalo del legislador al consumidor el art. 28 de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto se refiere al sector sanitario. Ya hemos visto que lo que reciben los perjudicados lo tienen que pagar ellos mismo en cuanto contribuyen al sistema de seguro social. Es sólo en otros sectores, de carácter comercial, sin intervención de colectivos, donde en resumidas cuentas se puede hablar de una posición reforzada del consumidor. Lo mismo vale para la legislación correspondiente en los otros países de la UE.

El criterio de la responsabilidad objetiva se justifica también por un motivo intrínseco. En el ámbito del seguro, la culpa no puede tener ya la misma función que en el derecho de responsabilidad civil tradicional, donde es el reproche el que justifica cargar al responsable con las consecuencias materiales de su actuación. Aquí, lo que interesa no es el reproche sino el riesgo, y la culpa ahora no será sino un elemento más, entre otros, del riesgo cubierto.

Pero la piedra de toque no son estos casos, sino los supuestos en los que un acto culposo no es probado. Ahí habrá que diferenciar entre distintos casos. Primero están los *supuestos* en que la jurisprudencia española constataría «un resultado anormal» o «desproporcionado». Tratando este grupo, ya disfrutamos de total libertad para seleccionar criterios de indemnización de acuerdo con consideraciones de efectividad y economía. Una consideración importante es la prevención. Es decir, es aconsejable formar la cobertura de manera que su práctica a largo plazo resulte en un mínimo de tratamientos con consecuencias insatisfactorias, y alcanzar este objetivo por la vía más económica. Es un argumento para incluir no sólo los casos en que claramente habría culpa, sino también los que difieren tanto del desarrollo normal que un acto culposo no es de excluir. Formulándolo en términos objetivos, se podrían definir como casos en que, tomando en cuenta todas las circunstancias y, en primer lugar, la condición del mismo enfermo, el resultado del tra-

tamiento no correspondería a lo que según los datos estadísticos era de esperar con cierta probabilidad. No es el lugar ni el momento de concretar más este punto en la medida en que en el futuro ciertamente será necesario. Creo que la expresión «anormalidad de resultado» da una idea suficiente del principio general.

(Sea dicho de paso que esto es un motivo más para que se mantenga una estadística rigurosa de todo lo sucedido en el sector sanitario lo cual no parece totalmente asegurado en toda Europa, ni siquiera en Alemania).

Quedan los casos en que el nivel de la ciencia mundialmente conseguido al tiempo del tratamiento hubiera teóricamente permitido otro resultado, pero por cualquier razón en el caso concreto era objetivamente imposible aplicar la técnica adecuada (si fuera posible, habría culpa), casos cuyo estudio presenta más dificultad. Ante este problema, no es posible proponer una solución global. Pero veo confirmada la perspectiva que aquí se presenta. Esencialmente cualquier decisión marcará el nivel de técnica médica del que se beneficiará todo el colectivo de los asegurados, siempre teniendo en cuenta los gastos necesarios para adquirirlo y mantenerlo. Es así porque si se atribuye una indemnización en estos casos que resulta demasiado «cara» para el colectivo, se puede pronosticar que políticamente se crearán las condiciones para elevar el nivel sanitario hasta evitar estos gastos. Éstas son relaciones inevitables e innegables. Cada día son muchos los que mueren y los que sufren más de lo inevitable, porque faltan recursos. Si felizmente son menos en Europa que en otras partes del mundo, el problema como tal no está del todo ausente. Las decisiones que hay que tomar aquí inevitablemente tienen un carácter político.

Hay que admitir que tal vez el Derecho civil no sea más que uno de los instrumentos y no el más idóneo de ellos y los tribunales sólo uno de los lugares a influir en estas decisiones. Lo que quizás se puede mantener es que los tribunales podrán vigilar que a partir de un cierto mínimo de relación entre coste y efecto, aunque no haya culpa, sí se da responsabilidad objetiva. Por ejemplo, es posible que se desestimen demandas basadas en que tal método costoso, descubierto poco tiempo antes en Nueva Zelanda, no haya sido aplicado en una clínica de provincias. Pero cuando un nuevo método de análisis

para detectar el SIDA o una forma de hepatitis puede realizarse en cualquier laboratorio clínico a un coste módico, se impone indemnizar al paciente que sufrió daños, porque estas técnicas de hecho no podían ser aplicadas, sin que sea oportuno buscar personas culpables. Por lo menos, en estos casos, el Derecho civil puede poner en claro la responsabilidad de los órganos políticos competentes. Pues si los tribunales, responsabilizando a los titulares de clínicas, etc. por no haber introducido un cierto nivel de asistencia médica, dan lugar a una demanda de ese tipo, los titulares de clínicas y los gremios políticos afrontan una alternativa clara: o se deciden en pro de atribuir los recursos necesarios o en contra. Y si se deciden en contra, su decisión no pasará fácilmente desapercibida. Pues no será sólo el enfermo el gravado con las consecuencias, sino que se manifestarán claramente en el presupuesto, porque habrá que indemnizar daños causados como consecuencia de esta decisión.

Quedan los casos en que la condición patológica, con los conocimientos médico-científicos de que se disponía a nivel mundial en el momento del tratamiento, no ha podido ser remediada, o —como dice mas exactamente el art. 141 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común— de los daños «que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos». Para estos casos, no veo ningún argumento en pro de una solución por vía del Derecho civil. Lo que en todas partes se llama «riesgo del desarrollo» —expresión poco acertada porque no se trata de un riesgo, sino de una esperanza— puede ser motivo de practicar caridad o solidaridad humana incluso de parte del legislador, pero normalmente no se ve ningún motivo de dar a los casos referidos trato de preferencia en relación con los siniestrados de cualquier otro tipo. Una norma como el ya citado art. 141 parece imprescindible, como también lo demuestra la historia de ese artículo.

En resumen, pues, parece que las dos normas españolas sobre la responsabilidad objetiva en el sector sanitario son las que mejor se conforman con la actualidad socio-económica que vivimos en los países de Europa.

Si ahora nos atrevemos a dar un vistazo al futuro y preguntamos por la evolución posible, la mirada inevitablemente se dirige hacia Suecia (e incluso a otros países escandinavos). Sin simplificar mucho, se puede decir que en Suecia la responsabilidad civil médica ha sido complementada, y en la práctica largamente sustituida, por un sistema de seguro directo obligatorio que cubre eventuales secuelas anormales o desproporcionadas de cualquier tratamiento médico. Este sistema data ya de 1975 y desde entonces se ha modificado únicamente en sus aspectos administrativos, no en lo fundamental.

Indudablemente, si aceptamos la premisa de que la función real del Derecho civil en los demás países de Europa en esta materia tampoco es otra que la de definir los límites de una cobertura de seguro, parece lógico dar un paso más y sustituir el sistema procesal contradictorio, cargado de reproches y discusiones amargas, costoso e inevitablemente lento, por un sistema de seguro directo. Personalmente, creo que éste será el camino que pronto o tarde tomarán los países de Europa, como lo han tomado en el gran sector de los accidentes de trabajo ya hace muchos años. Francia, pese al nuevo texto declarativo de su nueva ley de sanidad pública, que formalmente mantiene con mucha insistencia el principio de culpa, en realidad ya lo ha tomado.

Pero en la bola de cristal también vemos que ese sistema tampoco está del todo exento de problemas, vemos todas las dificultades de cualquier cambio radical y vemos que siempre hay intereses muy fuertes en mantener la situación tal como está.

Muchas gracias.

Hans-Leo Weyers