

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CIRUGÍA ESTÉTICA

Vanesa Arbesú González
Abogada en Jacobo Vázquez Abogados
Doctora en Derecho

SUMARIO: 1. Planteamiento introductorio. 2. Antecedentes históricos de la responsabilidad civil. 2.1. Los sistemas jurídicos primitivos. La responsabilidad según la Ley del Talión. 2.2. El origen griego de la responsabilidad por culpa del derecho romano. 2.3. La responsabilidad civil en derecho romano. 2.4. La evolución hasta la Codificación decimonónica. La determinación del principio general de la responsabilidad civil. 2.5. La regulación de la responsabilidad en el derecho español de la Edad Media. Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio. 2.6. Breve exégesis sobre la responsabilidad en la Codificación y la aparición de la teoría de la responsabilidad por riesgo. 3. La evolución de la responsabilidad médica con especial referencia a la responsabilidad en cirugía. 3.1. Primeros antecedentes jurídicos documentados. La equiparación de responsabilidad por cirugía plástica en las civilizaciones antiguas. Los primeros indicios. 3.2. La responsabilidad médica en las civilizaciones egipcia y griega. 3.3. La responsabilidad médica en el derecho romano. 3.4. La responsabilidad del médico y del cirujano en la España de la Edad Media. 3.5. Las teorías sobre la ilicitud de la cirugía estética en el siglo XIX y principios del XX. 4. Reflexiones y conclusiones sobre los antecedentes histórico-jurídicos de la responsabilidad ante la cirugía plástica-estética. 5. Bibliografía.

RESUMEN

El presente estudio expone las conclusiones alcanzadas con motivo de la investigación efectuada sobre los antecedentes históricos de la responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía plástica-estética.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, antecedentes históricos, cirugía estética.

ABSTRACT

The present study exposes the conclusions reached on the occasion of the investigation effected on the historical precedents of the civil responsibility in the area of the surgery plastic aesthetics.

KEYWORDS

Civil responsibility, historical precedents, cosmetic surgery.

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

La profesión médica es la primera en elaborar sus propios códigos y normas deontológicas¹, que sirven de base posterior para la elaboración de normas jurídicas y de aplicación doctrinal y jurisprudencial en la determinación de responsabilidad de los médicos. Por tanto, la responsabilidad médica no es algo nuevo de nuestros días.

A través del análisis histórico de la responsabilidad médica, se observan los antecedentes, de orden deontológico, legal, jurisprudencial y doctrinal, por este orden, que han evolucionado hasta las actuales estructuras reguladoras de la obligación del médico. Entre dichos antecedentes, cabe destacar las diferencias que ya se establecían en los orígenes, entre las distintas actividades médicas, y la relación con la regulación jurídica de la responsabilidad dimanante de dichas actividades.

En este sentido, la actividad quirúrgica ha sido, en el comienzo de su práctica, diferenciada del resto de las prácticas médicas, no sólo en su aspecto social, por ser considerada, generalmente, de menor rango, sino también en el ámbito jurídico, pues se recogieron en algunos regímenes de diversas épocas, disposiciones específicas reguladoras de la responsabilidad ante la falta de la consecución de un resultado en una operación. Y por otro lado, también se establecieron normas legales de responsabilidad del médico ante la ausencia de curación del paciente, aunque basándose en un criterio de cumplimiento de la *lex artis*, es decir, conforme a una obligación de medios. Diferencias que pueden ser enmarcadas en la actual clasificación entre obligaciones de resultado y de medios, respectivamente.

Así, por ejemplo, mientras que el sistema de responsabilidad de los médicos en el derecho romano, fue muy variado, pues distinguían, entre otros aspectos, el estatus del médico y del paciente, y regulaban la responsabilidad según actividades médicas concretas, dando lugar a obligaciones tanto de medios como de resultado, los griegos, tenían una concepción totalmente distinta de la actividad médica, tal que la responsabilidad en sí apenas se contemplaba, más que para el cumplimiento de diversos preceptos que tenían carácter deontológico, siendo de referencia el Juramento Hipocrático, basándose siempre en

una obligación de medios². Por tanto, el análisis de la responsabilidad médica, desde el punto de vista de la naturaleza de la obligación del médico según la actividad que realice, se remonta a los primeros antecedentes jurídicos documentados sobre este tipo de responsabilidad.

Entre las intervenciones quirúrgicas, la especialidad plástica y estética³, aunque ha aumentado de forma considerable en las últimas décadas, su práctica es tan antigua como la propia medicina. En consecuencia, desde la Antigüedad, existen antecedentes de reglas de responsabilidad sobre esta actividad, que diferencian prácticas asimilables a la práctica quirúrgica por un lado, y la propiamente médica por otro, pudiendo servir de base para el estudio de la evolución de la responsabilidad médica en general y las diferencias actuales del régimen aplicable ante la práctica de la cirugía estética.

El presente trabajo, aborda los antecedentes históricos de la relación entre la naturaleza jurídica de la obligación del médico y su responsabilidad. Su desarrollo, permite dilucidar claramente la diferencia esencial que caracteriza la cirugía estética del resto

2 Vid., LAÍN ENTRALGO, P., *Historia de la Medicina*, Barcelona, 1982, pág. 110. Uno de los aspectos señalados por el autor, como diferenciadores entre la medicina griega y romana, estriba en la ordenación jurídica de la actividad, “*inexistente en la Grecia Clásica y muy expresa en la Roma Imperial, donde tan notoria fue la importancia de la Ley escrita.*”

3 Debe delimitarse, en este primer momento, la denominada *cirugía estética* de la *cirugía plástica o reparadora*. Ya que la primera nace de la segunda y ambas son la misma cirugía diferenciándose en el transcurso de su historia por sus distintos objetivos. A pesar de que en un primer momento, a la cirugía plástica se le asigne una función restauradora de la anatomía y recuperadora de dicha función anatómica, la interrelación con las funciones de mejorar el aspecto externo y psíquico del individuo, hacen que, sin habersele asignado la denominación de *estética* hasta transcurridos años desde sus primeros inicios, ya que dicho concepto surge en el año 1900, se pueda hablar de una *Cirugía plástica estética*, prácticamente desde los primeros orígenes de este tipo de cirugía. Sus principios fundamentales evidencian esta idea, pudiendo concluir que “*...la cirugía plástica es siempre estética y, como tal, diremos que es la cirugía de la belleza en cuanto trata de armonizar las diferentes partes del cuerpo*”, MARTÍNEZ SAHUQUILLO, A., *Concepto y evolución de la cirugía plástica estética y la belleza a través de los tiempos*, Real Academia de Medicina de Sevilla, 1989, págs. 23 a 26. El autor, con base en los objetivos fundamentales de la cirugía plástica estética; “*a.-Corregir las consecuencias y deformidades debidas a traumatismos o enfermedades, tanto congénitas como adquiridas, mejorando la forma y función, b.-Eliminar las desfiguraciones, perfeccionando o modificando la forma en aras de una mayor armonía y proporción*”, le atribuye los siguientes calificativos a esta cirugía: reparadora; por cuanto normaliza al individuo deforme, estética; por perfeccionar al individuo dentro de la normalidad, ciencia; al ser una de las ramas de la cirugía y arte; por tratar de armonizar y equilibrar las diferentes partes del cuerpo.

1 Vid., LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, pág. 5.

de las especialidades médicas, y que será determinante en la configuración de la responsabilidad civil. Pues se trata de una de las escasas especialidades médicas terapéuticamente innecesaria o no curativa, y este aspecto, visto como una circunstancia determinante en el ámbito de la responsabilidad, no tendrá su reflejo en el derecho hasta el siglo XIX. Sin embargo, los antecedentes relativos a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, servirán de base en el enjuiciamiento de la responsabilidad por la práctica de la novedosa y peculiar cirugía estética, que requerirá un tratamiento especial adecuado a la inusitada finalidad embellecedora o no curativa.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El análisis de la evolución histórica de la responsabilidad médica debe venir precedido de una aproximación a los antecedentes de la institución de la responsabilidad civil⁴. Sin un trazado general de la evolución de la responsabilidad civil, tal y como han argumentado los hermanos MAZEAUD y TUNC, no cabe descubrir el porqué de las soluciones adoptadas en nuestros días⁵.

La responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar un daño causado por el autor del mismo a la víctima que ha sufrido dicho daño⁶. Siguiendo a REGLERO CAMPOS, la responsabilidad es imputación⁷, y en función de su distinto origen; bien de una relación jurídica preexistente, o bien sin la existencia previa de ésta y por contraposición, de la genérica regla de convivencia humana proveniente del derecho romano, *alterum non laedere*, nos encontraremos ante una responsabilidad contractual o ante una responsabilidad extracontractual, aquiliana o derivada de la responsabilidad penal, es decir, la obligación de indemnizar surge de la infracción del principio general de no causar daño a los demás. De todo ello, se derivan los elementos que han de concurrir para

que nazca la obligación de indemnizar⁸: una acción u omisión por parte de la persona a quien se reclama la obligación de indemnizar, un criterio de imputación; que en el ámbito de este estudio, cobran especial relevancia los criterios de la responsabilidad por culpa, o por riesgo, la existencia de un daño antijurídico, que el perjudicado no deba jurídicamente soportar, y un nexo causal entre el daño y la acción u omisión del obligado a indemnizar. Esta estructura actual de la responsabilidad proviene de una evolución que ha sufrido transformaciones durante las diversas etapas de la historia.

2.1. Los sistemas jurídicos primitivos. La responsabilidad según la Ley del Talión.

La retribución o reparación del daño en los sistemas jurídicos primitivos, se confundía con la venganza privada ejercida por la familia o la tribu de la víctima a la tribu o familia causante del daño, generalmente a través de una pena corporal, en que se impone mal por mal, al no hallarse la reparación del daño racionalmente limitada mediante preceptos⁹.

Esta exigencia de la reparación del perjuicio irrogado en las personas o cosas, se efectuaba independientemente de la causa, mediante la prestación de un resarcimiento adecuado o no al perjuicio concreto, a modo de reacción instintiva contra el mal sufrido, sin valorar factores determinantes de la conducta del causante del daño¹⁰. Se podría hablar de una responsabilidad penal y religiosa, ya que, en opinión de JOURDAIN, los sacrificios y las penitencias parecían desprovistas de toda preocupación de indemnizar, más bien, buscaban la penitencia de las faltas ante la sociedad y ante el Dios que los simbolizaba¹¹.

Este sistema, daba lugar a que en ocasiones, una ofensa o un daño menor, causara daños irreparables a familias o incluso a comunidades enteras, por la inexistencia de proporción entre daño y castigo. Con tal preocupación, una segunda etapa, la constituye la

4 Vid., RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Responsabilidad Médica y Hospitalaria*, Barcelona, 2004, pág. 15.

5 MAZEAUD, H. y L., TUNC, A. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I, Vol. I. (Traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, 1957, pág. 34.

6 Vid., DE ANGEL YAGÜEZ, R. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, 1993, pág. 13.

7 REGLERO CAMPOS, L.F. "Conceptos generales y elementos de delimitación", en REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2002, págs. 34 y 35.

8 REGLERO CAMPOS, L.F. "Conceptos generales...", *op.cit.*, págs. 34 y 35.

9 Cfr., DEL ROSAL, J. *Derecho Penal Español. Lecciones*. Madrid, 1959, pág. 180 y ANTON ONECA, J. *Derecho penal. Tomo I. Parte General*, con RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A. Madrid, 1949, pág. 41.

10 Cfr., LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito. Vol. II*. 3ª edición, Madrid, 2005, pág. 421.

11 JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*. 2ª edición, Paris, 1992, págs. 7 a 9.

Ley del Talión, que supuso una evolución al introducir la proporcionalidad entre el daño causado y la pena infringida, que se traduce en la conocida frase “ojo por ojo, diente por diente”, y consistía en la aplicación de la pena únicamente sobre el causante del daño y en la parificación del dolor inicial con el causado al actor¹². En opinión de TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, este cambio es importante, al comenzarse a distinguir la venganza privada de la justicia¹³.

De esta época, cabe distinguir en el Antiguo Oriente, dos grandes tipos de ordenamientos, representados, los primeros, por los caldeo-asirio-babilónicos, siendo paradigma el Código de Hammurabi y, de otro lado, los hindúes y persas, con el mosaico del Pentateuco, en el que se confundía la noción de delito y pecado debido al régimen teocrático imperante de Israel, y las Leyes de Manú, del derecho hindú, en que predomina un sistema de responsabilidad objetiva, en la línea imperante de la época¹⁴. En todos los casos, el resarcimiento de los daños estaba fuertemente vinculado a un componente religioso¹⁵.

El Código de Hammurabi, Rey de la primera dinastía de Babilonia, y que data, aproximadamente, del año 2394 a.C, está considerado como el ordenamiento jurídico penal más antiguo de la humanidad¹⁶, cuyo

principal mérito, según QUINTANO RIPOLLÉS, es la distinción entre dolo e imprudencia, que se regulaba con gran minuciosidad en los delitos contra las personas, con especial mención de las profesiones. Además, a pesar de tener huellas de la regla del Talión -ojo por ojo-, en los últimos textos descubiertos, como los números de Ur-Namu y de Eshnunna, van desapareciendo los vestigios de dicha institución¹⁷. Otro sector de la doctrina, con base en el análisis y comparación de los preceptos más significativos de los códigos de las civilizaciones antiguas, llega a la conclusión de la preponderancia de un régimen de responsabilidad por el resultado, u objetivo y, sólo excepcionalmente en algunos supuestos concretos, la aplicación de un régimen de responsabilidad por culpa¹⁸. Por tanto, en los pueblos primitivos, la responsabilidad en líneas generales, era objetiva, al resultar de la simple circunstancia de haberse producido un daño, que acarreaba, por sí solo, sin atender a otras circunstancias, la imposición de la pena al autor del daño o jefe de la tribu¹⁹.

En una etapa posterior, este régimen de responsabilidad evoluciona y comienza a sustituirse de forma progresiva la venganza privada por la entrega de un bien, en resarcimiento de los perjuicios al dañado, o una suma de dinero en concepto de reparación del

12 Vid., MARTINEZ SARRIÓN, A., “La evolución del derecho de años”, en RIBÓ DURÁN, L. (Coord.), *Ponencias y coloquios en la Jornada sobre Derecho de Daños*. Barcelona, 1992, págs. 23 a 28. El autor, ejemplifica la utilización de esta norma con base en fragmentos de la Biblia, entre los que se pueden destacar, el referente al Deuteronomio 19. 15-21: “No es válido el testimonio de uno solo contra nadie, en cualquier caso de pecado, culpa o delito. Sólo por la deposición de dos o tres testigos se podrá fallar una causa.” “Si se presenta contra alguien un testigo de mala fe acusándolo de rebelión, las dos partes comparecerán ante el Señor, ante los Sacerdotes y Jueces que estén en funciones entonces, y los Jueces investigarán a fondo; si resulta que el testigo es falso y que ha calumniado a su hermano, le haréis a él lo que él intentaba hacer a su hermano, y así extirparás de ti la maldad, y los demás escarmentarán al enterarse y no volverán a cometer maldad semejante entre los tuyos. No tengas piedad de él: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie.” Con el ejemplo de estos textos, MARTINEZ SARRIÓN apela a una interpretación literal, en cuanto a que en el pasaje, se considera de mayor entidad y malicia el que imputa los hechos delictivos a uno que no los ha cometido, sancionando así, el deseo arraigado de causar un mal al que ningún mal ha causado.

13 TRIGO REPRESAS, F.A., y LÓPEZ MESA M.J, *Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I*, Buenos Aires, 2005, pág. 20.

14 Vid., QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho Penal. Tomo I*. Madrid, 1963, pág. 90.

15 *Ibidem*, pág. 88.

16 Vid., LARA PEINADO, E. *Código de Hammurabi*, Madrid, 1982.

17 QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 89.

18 Vid., FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, Pamplona, 1972, págs. 17 a 30. Por un lado, expone la tesis objetivista bajo el análisis de los siguientes preceptos, entre otros (precisamente en materia de responsabilidad médica, sobre el que se volverá más adelante): Código de Hammurabi. Art. 217: *Si un médico operare a un hombre gravemente herido con una lanceta de bronce y salvarle la vida de este hombre, o si operase con una lanceta de bronce una catarata y salvarle el ojo del hombre, recibirá 10 siclos de plata.*”. Art. 218: *“Si destruyere el ojo del hombre, será castigado con la amputación de la mano”*.

Leyes de Eshnunna. Art. 53: *“Si un buey cornea a otro y le causa la muerte, los propietarios de los mismos partirán entre ellos el precio del buey vivo y la indemnización del buey muerto”*.

Del derecho hebreo, cita el siguiente pasaje del Éxodo, Cap. XXI, vers. 28: *Si un buey acornea a un hombre o una mujer, y se sigue la muerte, el buey será lapidado, no se comerá su carne y el dueño será quitado”*.

De otro lado, el autor analiza ciertos preceptos de los Códigos de la Antigüedad con manifestaciones de responsabilidad fundadas en la idea de culpa, como por ejemplo, y entre otros:

Leyes de Eshnunna. Art. 5: *“Si un batelero es negligente y deja hundirse el buque, responderá de todo lo que ha dejado hundir”*.

Leyes de Manú. Libro 8. Ley 288: *“El que daña los bienes de otro a sabiendas o por descuido, debe darle satisfacción y pagar al Rey una multa igual al daño”*.

19 Cfr., TRIGO REPRESAS, F.A., y LÓPEZ MESA M.J, *Tratado de la Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 19.

daño. Durante un tiempo, este sistema de composición será mixto, es decir, se aplicará en un primer estadio la composición y, si ésta no se consigue, se acudirá a la aplicación del Talión, lo que se puede apreciar en la Ley de las XII Tablas del siglo V a.C., en cuya ley segunda, establece la posibilidad de convenir la reparación del daño consistente en un quebrantamiento de una parte del cuerpo y, en lugar de esta compensación, si no llega a ser posible, se procederá a la aplicación de la Ley del Talión²⁰. La religión también ayudó a entender la ineficacia de la venganza privada en beneficio de la patrimonialización de la pena, principalmente, al enseñar a los fieles a soportar las calamidades con resignación, como hechos causados por daños no indemnizables²¹.

Con el transcurso del tiempo en la aplicación de normas basadas en la Ley del Talión o bien su aplicación mixta junto a la composición, la autoridad pública se ve obligada a intervenir en el sistema de reparación de daños²². Esta intervención tiene lugar mediante la fijación por el Estado, de las cantidades pecuniarias a pagar al perjudicado o lesionado en concepto de indemnización, que debían de aceptar, renunciando así a la venganza privada. Además, los Estados pasan a penar ciertos hechos que, por no afectar a un particular de forma directa, se encontraban desprovistos de sanción, pero que ponían en peligro especialmente el orden social, comenzando entonces, la disociación entre la responsabilidad penal, es decir, la represión de los delitos aplicando una sanción al ofensor en interés de la comunidad, y la responsabilidad civil, es decir, la reparación de los daños sufridos por la víctima imponiendo el pago de indemnizaciones a su favor²³. De aquí, JOURDAIN concluye que la responsabilidad civil nace de la responsabilidad penal, que la ha absorbido durante largo tiempo, y es en el momento en que

comienza a intervenir el Estado, en que la responsabilidad civil comienza a ganar algo de autonomía²⁴.

En conclusión, la promulgación de las XII Tablas supuso un punto de transición del sistema de reparación de daños, alejando el concepto de venganza privada que existió en las épocas primitivas de todos los pueblos y que confundía la idea de pena con la de reparación de los daños, es decir, las actuales responsabilidades penales y civiles. Para MAZEAUD y TUNC, el día en que la acción represiva pasa de manos de la víctima a manos del Estado, nace la acción por daños y perjuicios, siendo, la Ley de las XII Tablas, una época de transición, entre la fase de composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria²⁵.

2.2. El origen griego de la responsabilidad por culpa del derecho romano

La culpabilidad, aparece por primera vez en la Grecia Clásica, bajo la forma de ideas filosóficas que posteriormente los romanos trasladarán a su sistema jurídico en forma de normas imperativas. El punto de partida que lleva a esta nueva concepción, es la libertad del hombre, y a consecuencia de dicha libertad, éste responde, moral, social y jurídicamente, de las consecuencias derivadas de sus actos culposos. Y es con esta base, con la que aparece el subjetivismo de la culpa²⁶.

Con esta línea de pensamiento, la regla del Talión consistente en remediar el daño con otro daño, equivale a instaurar la injusticia como medida de todas las cosas. El reflejo de este nuevo pensamiento filosófico, que regirá la responsabilidad jurídica, se encuentra en *Las Leyes* de Platón. Obra de la que cabe extraer el siguiente contenido, en el que distingue la acción involuntaria o voluntaria de matar a una persona, que es, en opinión de MARTÍNEZ SARRIÓN, donde radica el mérito indudable de las normas de convivencia de Platón, entre las que, sólo las primeras, son corregibles²⁷:

20 Vid., MARTÍNEZ SARRIÓN, A., "La evolución del derecho...", *op.cit.*, págs. 34 a 41. El autor, esquematiza dentro de esta fase de la evolución de la responsabilidad civil en tres etapas: una primera etapa en la que la reparación del daño se conecta siempre con la muerte, la venganza de causar el mismo daño sufrido, una segunda etapa mixta en que, a falta de composición, se aplica la Ley del Talión, y una tercera etapa, en que la composición se efectúa por medio de la cantidad de dinero, en forma de canon, pagada a fin de no sufrir la vergüenza pública impuesta por el daño causado.

21 Vid., TRIGO REPRESAS, F.A., y LÓPEZ MESA M.J, *Tratado de la Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 21.

22 Vid., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...*, *op.cit.*, pág. 40.

23 Vid., TRIGO REPRESAS, F.A., y LÓPEZ MESA M.J, *Tratado de la Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 22

24 JOURDAIN, P., *Les principes...*, *op.cit.*, pág. 8.

25 MAZEAUD H. y L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico...*, *op.cit.*, págs. 37 a 39.

26 Vid., MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *La evolución del derecho...*, *op.cit.*, págs. 44 a 48.

27 Vid., MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *La evolución del derecho...*, *op.cit.*, págs. 48.

“(…) y en primer lugar hemos de hablar de los violentos e involuntarios. Si alguien sin su voluntad, en certamen o juegos públicos, ya instantáneamente, ya en tiempo posterior a consecuencia de los golpes, mata a algún amigo, o bien le da muerte en la guerra o en ejercicios de guerra, haciendo ellos prácticas con los cuerpos inermes o imitando con armas las prácticas guerreras, purifíquese conforme a la Ley traída de Delfos para estos casos y quede puro con ello. (...) Y si alguno mata por sí mismo pero voluntariamente, ya sea con su propio cuerpo sin armas, ya con instrumento o disparo, o administrándole comida o bebida, o con la aplicación de fuego o de frío, o privándole de la respiración, ya lo haga sólo con su propio cuerpo, ya por medio de otros, sea enteramente considerado como autor del hecho y pague las siguientes penas: si mata a un esclavo, ha de ponerse en el caso de que ese esclavo fuera suyo y ha de dejar indemnizado y pagado al dueño del difunto o, si no, sométase a una multa del doble del valor de éste último; la apreciación de ese valor han de hacerla los jueces.”²⁸

En el texto, puede apreciarse un criterio de valoración del perjuicio causado, para el caso de la muerte del esclavo, así como su fijación por los jueces, y subsidiariamente, un sistema de sanción pecuniaria. Estos criterios de valoración del daño se trasladarán posteriormente al derecho romano.

2.3. La responsabilidad civil en derecho romano

Procede explicar bajo este epígrafe, no sólo la institución de la responsabilidad civil, fundamentalmente en cuanto a la consagración de la culpa como elemento determinante de dicha responsabilidad, sino también, en qué consistían los diversos tipos de contratos que, como se verá posteriormente, constituirán los vínculos jurídicos entre médico y paciente en el derecho romano.

Cabe adelantar la indistinción en este derecho, de la responsabilidad contractual y delictual. Pues los romanos no consiguieron, como dice PASCUAL ESTEVILL, enmarcar la responsabilidad civil, ni tan siquiera seccionarla por naturalezas o esencias²⁹.

²⁸ PLATÓN, *Las Leyes*. Edición bilingüe y traducción por PABON, J.M. y FERNÁNDEZ-GALIANO, M., Madrid, 1960, págs. 118 y 119.

²⁹ PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*. Tomo II, Vol. 1, Parte Especial, Barcelona, 1989, págs. 7 y 8.

Opinión compartida por los hermanos MAZEAUD, y TUNC, que lo consideraron como uno de los rasgos dominantes del derecho romano en materia de responsabilidad, a saber; la ausencia de toda demarcación entre las dos esferas de la responsabilidad delictual y de la responsabilidad contractual, al entender, los romanos, los delitos y la responsabilidad como términos sinónimos³⁰.

2.3.1. Las obligaciones contractuales

En el derecho romano, la obligación u *obligatio*, como un vínculo jurídico en cuya virtud nos vemos forzados a realizar una determinada prestación, según el ordenamiento jurídico al que pertenecemos³¹, fue definida de este modo, en las Instituciones de Justiniano, del siglo VI d.C.³².

Las fuentes de las obligaciones son aquellos hechos jurídicos que determinan que nazca una obligación entre dos o más personas³³. Dichas fuentes fueron dos, en una primera época de la historia de Roma, con Gayo, para cuyo jurista, la obligación nacía de los contratos *-contractum-* o de los delitos *-delictum-*, es decir, la obligación nacía en virtud de un acuerdo de voluntades, o bien en virtud de la comisión de un acto ilícito que daba lugar al deber de reparación del daño causado mediante el pago de una pena pecuniaria. Posteriormente, en las Instituciones, Justiniano, clasifica las fuentes de las obligaciones en cuatro: contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito. Las dos nuevas categorías, se diferenciaban, a grandes rasgos, de las antiguas, en que al cuasicontrato le faltaba el elemento del “acuerdo” y al cuasidelito, le faltaba el elemento de la “culpa”.

Entre los contratos del derecho romano, y dada la extensión de la materia, que no permite en este momento una exposición de todo su contenido, deben desarrollarse tres tipos, al ser los que los autores doctrinales apuntan como usuales en la contractualidad entre médico y paciente en Roma. Son, el mandato *-mandatum-*, el de arrendamiento de servicios

³⁰ MAZEAUD, H. L., y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico...*, *op.cit.*, pág. 46.

³¹ *Id.*, DAZA MARTÍNEZ J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Alicante, 1993, pág. 254.

³² Instituciones de Justiniano, 1.3.13. GARCÍA DEL CORRAL, I.L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889, pág. 101.

³³ *Id.*, DAZA MARTÍNEZ J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones...*, *op.cit.*, pág. 261.

-locatio conductio operarum- y el contrato de arrendamiento de obra *- locatio conductio operis-*. A su vez, de entre estos tres tipos, debe dedicarse mayor profundidad a los dos últimos, que imperaron en su uso sobre el primero, utilizado muy excepcionalmente³⁴, cuestión sobre la que se volverá más adelante con motivo del estudio específico del tipo de relación jurídica entre médico y paciente.

En virtud del contrato de mandato, una persona se obligaba a gestionar gratuitamente los negocios de otra. Esta gestión podía realizarse al margen del contrato, sin que mediase acuerdo de voluntades, de forma espontánea *-negotiorum gestio-*. Aquí la obligación surge de la iniciativa, es decir, el mandatario está obligado, no por la obligación de gestionar, sino si realiza un hecho de gestión, por dicho hecho gestionado. Una de las características principales que distinguen el mandato de cualquier otro tipo de contrato, es la gratuidad, ya que, desde el momento en que la gestión se realizara a cambio de una contraprestación *-merces-*, dicho contrato pasaría a ser de arrendamiento *-locatio conductio-*. La gratuidad respondía al fundamento de la ética social en la Roma de la República, que imponía a las clases elevadas el deber de prestar sus servicios sin recibir remuneración alguna, lo que conllevaba la imposibilidad de exigir responsabilidad en el cumplimiento de la obligación, o en último caso, un grado de responsabilidad mínimo. A través de la *actio mandati directa*, el mandatario podía exigir la gestión del mandato indebidamente cumplido³⁵.

De otro lado, se encontraban los contratos de arrendamiento *-locatio conductio-*, con tres modalidades, según recayese el objeto de la prestación sobre cosas, obras o servicios³⁶. Al objeto de este estudio, interesa el análisis de las dos últimas modalidades. En virtud del arrendamiento de obra *-locatio conductio operis-*, el arrendatario o *conductor*, se obligaba a la ejecución de una obra o un cierto efecto o resultado

con su trabajo, a cambio de una remuneración pagada por el arrendador *-locator-*. Para la exigencia del resultado prometido a tenor de este contrato, existía la *actio locati*, y para la exigencia de la remuneración por el cumplimiento de lo acordado, el *conductor* tenía a su disposición la *actio conducti*.

Es de interés citar el origen de la actualmente denominada *culpa in eligendo*, que se trata del principio de responsabilidad del *conductor operis*, cuando encargaba la realización de la obra por él contratada a otras personas y éstas no cumplían con dicho resultado pactado.

Por otro lado, según el arrendamiento de servicios *-locatio conductio operarum-*, una persona se obligaba frente a otra a realizar un servicio a cambio de una remuneración. En este caso, la obligación es la consecución de un determinado servicio, independientemente de que se consiga un resultado concreto. En ambos tipos de arrendamiento es nota característica la existencia de una contraprestación *-merces-* por la ejecución del trabajo u obra contratada.

2.3.2. La consagración de la culpa. La Lex Aquilia.

La segunda de las fuentes de las obligaciones tras los contratos, establecida por Gayo, es el delito *-delictum-*. Dentro de esta figura, se distinguen dos tipos, en función de la incidencia de orden público, *los crimina*, que el Estado perseguía y castigaba con una pena capital o penas corporales, o pecuniaria pero que, en todo caso, no beneficiaba a los particulares. O bien los que lesionaban un interés particular, *los delicta*; que pueden ser consideradas las obligaciones que derivaban de actos ilícitos.

Los *delicta*, a su vez, eran clasificados en: el *furtum*, consistente en el delito de hurto, la *rapina*, cuando el hurto se ejercía con violencia en las cosas y el *damnum iniuria datum*, que se corresponde con el delito de daños en las cosas injustamente causado. Siguiendo a DAZA MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ ENNES, las obligaciones que dimanaban de los *delictum*, y las acciones correspondientes, presentaban las siguientes características comunes: la intransmisibilidad pasiva, es decir, la pena solo se podía imponer al autor del delito y no, por ejemplo, a sus herederos, salvo que éstos hubiesen obtenido un beneficio patrimonial de la comisión del hecho ilícito; la acumulación de la pena en caso de pluralidad de autores del delito, debiendo responder cada uno de ellos de la totalidad al perjudicado, y no liberando de la obligación a los demás deudores el pago de la totalidad

34 La doctrina no es unánime en esta cuestión, existiendo la opinión, por un lado, de que el mandato era el contrato que regía la relación entre médico y paciente, puede citarse, como ejemplo; DAZA MARTÍNEZ J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones...*, op.cit., pág. 340, que atribuyen esta contractualidad en todas las profesiones liberales, incluyendo así, la del ejercicio de la medicina. Sin embargo, otro sector doctrinal de la romanística, mantiene el carácter excepcional del mandato, señalando que el arrendamiento de servicios prevaleció al tiempo de regular las relaciones entre médico y paciente. Es de esta opinión; NUÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos en derecho romano*, Gijón, 1996, págs. 96 a 98.

35 Vid., DAZA MARTÍNEZ J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones...*, op.cit., págs. 339 a 341.

36 *Ibidem*, págs. 343 a 347.

por uno de ellos; la posibilidad de entregar al autor del delito en caso de que fuese un esclavo, en lugar de pagar la condena pecuniaria, posibilidad de entrega en *nox*, este régimen fue abolido por Justiniano; y finalmente, la posibilidad de acumular acciones, siendo posible el ejercicio de la acción penal y las acciones de otra índole que pudieren corresponder para resarcir el daño patrimonial sufrido³⁷.

La figura principal al objeto de este estudio, es el *damnum iniuria datum*, que procede de la *Lex Aquilia*, datada del año 286 a.C. y considerada por gran parte de la doctrina jurídica, como el origen del sistema de responsabilidad civil que ha llegado a nuestros días³⁸, residiendo su trascendencia en que, por primera vez, se introdujo la posibilidad total de sustituir la pena de daños por su reparación, es decir, a partir de la *Lex Aquilia*, el autor del ilícito no estaba sujeto a una pena, sino grabado con la obligación de pagar una suma de dinero³⁹. Así como también se produce la consagración de la responsabilidad por culpa⁴⁰. Salvando, que la *Lex Aquilia* no llegó a establecer un principio general de la responsabilidad civil, ya que se limitaba a dar soluciones a casos concretos⁴¹.

Cabe apuntar, a efectos de una mejor comprensión del estudio de la responsabilidad médica, la continuación, en este régimen jurídico, de diversos preceptos reguladores de la responsabilidad por el resultado u objetiva, si bien, con un carácter excepcional⁴².

La *Lex Aquilia*, se estructuraba en tres capítulos, de los que procede el estudio del primero y tercero

por su mayor trascendencia, pues el segundo, que regulaba el pago fraudulento de una deuda, quedó en desuso al poco tiempo de su establecimiento. El primero de ellos disponía la compensación por matar a un esclavo o un animal ajeno, debiendo pagar el valor máximo que hubieren tenido ese año⁴³. En esta primera estipulación, se puede apreciar una fórmula de estimación del daño causado⁴⁴. El tercer capítulo, establecía que quien hubiera infligido con *iniuria*, cualquier daño a una cosa de otro, debía pagar al dañado el mayor valor de la cosa en los últimos treinta días⁴⁵. El término *iniuria*, equivale a hacer algo contra derecho, al daño antijurídico.

Estos dos capítulos de la *Lex Aquilia*, fueron fruto de un notable desarrollo por la práctica pretoria y la jurisprudencia, ampliando el ámbito del daño contemplado por la ley, es decir, los daños resarcibles, y por otro lado, ampliando los sujetos legitimados para ejercitar la acción. En este último supuesto, la posibilidad de ejercitar la acción directa *-ex lege aquiliae-*, se amplió mediante las acciones *in factum*, que el pretor concedía según que considerare equitativo y adecuado al caso concreto, en el ejercicio de su *imperium*, y se utilizaban cuando las circunstancias del caso concreto no coincidían con las palabras estrictas de la Ley. Por otro lado, la acción útil, permitió extender el derecho a demandar a personas diferentes del propietario, como el arrendatario o el usufructuario.

Mediante el uso de estos dos tipos de acciones, las variantes del resarcimiento de daños evolucionaron en una serie de figuras, entre las que destacan la culpa.

El requisito de la antijuricidad *-iniuria-*, citado anteriormente, que derivó por interpretación, en la Época Republicana⁴⁶, en que sólo cabría imponer responsabilidad por el daño culpablemente causado. Para TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, la introducción paulatina de elementos de naturaleza

37 DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones...*, *op.cit.*, págs. 350 y 351

38 Entre otros, DAZA MARTÍNEZ J. y RODRIGUEZ ENNES, L. *Instituciones...*, *op.cit.*, pág. 353, GAZZANIGA, J.L., *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 1992, pág. 219, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de obligaciones...*, *op.cit.*, pág. 422, REGLERO CAMPOS, F. “*Los sistemas de responsabilidad civil*”, en AA.VV., REGLERO CAMPOS, F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2008, págs. 248 y 249 y ROCA TRÍAS, E. *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª edición, Valencia, 2000, pág. 20.

39 *Vid.*, REGLERO CAMPOS, F. “*Los sistemas de responsabilidad civil*”, *op.cit.*, pág. 259.

40 *Vid.*, MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *La evolución del derecho...*, *op.cit.*, págs. 52 y 53. Para el autor, la entrada en el marco del mundo romano, supone la culminación del proceso de inserción de la culpa como determinante de las actividades humanas, que se aplica bajo la sanción adecuada con la aparición de la *Lex Aquilia*.

41 *Vid.*, MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico...*, *op.cit.*, pág. 39.

42 *Vid.*, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva...*, *op.cit.*, pág. 43.

43 Digesto, 9.2.2., GARCÍA DEL CORRAL, I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 571.

44 DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, págs. 65 y 66.

45 Digesto 9.2.27.5. GARCÍA DEL CORRAL, I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 579.

46 *Vid.*, PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada, 2002, pág. 13. El autor, estima como momento definitivo de inflexión hacia una responsabilidad subjetiva, la interpretación del requisito de la *iniuria* de la acción derivada de la *Lex Aquilia* de *damno iniuria dato*, acción que terminó convirtiéndose en Roma en un instrumento general de exigencia de responsabilidad por daños patrimoniales, además de introducir por primera vez el requisito de la culpa o negligencia.

subjetiva, referidos a la conducta del infractor, y no dependientes de la mera materialidad dañosa, como el *dolus malus*, en un primer momento y la culpa posteriormente, convierte ésta última, en el criterio de imputación de responsabilidad civil extracontractual por antonomasia. En esta línea, la consolidación de diversos tipos de culpa, y, posteriormente el concepto de culpa, significará el hito más importante en la historia de la responsabilidad civil⁴⁷.

La concreción del concepto *iniuria*, quedó plasmada por interpretación de Ulpiano, en el Digesto, con el siguiente tenor literal:

*“Injuria autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est, si culpa, quis occiderit, et ideo interdum utraque actio concurrat, et legis Aquiliae, et iniuriarum; sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnun accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit”*⁴⁸.

Para que en el derecho romano operase este requisito, en primer término se exigía tener la capacidad de culpa del autor, quedando excluidos de responsabilidad los que carecían de dicha capacidad, considerados así los locos y los niños. De otro lado, que el autor actuase, bien con dolo *-malus-*, que se identificaba con la actuación violenta o maliciosa, o bien que se actuara sin la diligencia debida, que en el ámbito de las profesiones, se denominaba *imperitia*, y era aplicado tanto en el ámbito contractual como extracontractual.

En cuanto a la omisión de diligencia en el ámbito de la responsabilidad contractual, explican MAZEAUD y TUNC, que se aplicó pura y simplemente el contrato, siendo innecesaria una apreciación culposa de la conducta. Y sólo el caso fortuito podía permitir al deudor liberarse de la responsabilidad, ya que así, el incumplimiento no le sería imputable. Sin embargo, esto sólo acontecía para algunos contratos, aquellos particularmente peligrosos en los que una de las partes confiaba a la otra un cuerpo cierto y existía una promesa de restitución, ya que, para otros

47 TRIGO REPRESAS, F.A., y LÓPEZ MESA M.J. *Tratado de la Responsabilidad...*, op.cit., pág. 23.

48 Digesto, 9.2.5.1: *“Pero conviene que la injuria la entendamos aquí, no como respecto a la acción de injurias, cualquiera contumelia, sino lo que se hizo no seguir derecho; así pues, entendemos aquí por injuria el daño causado con culpa, aún por aquél que no quiso causarlo”*, GARCÍA DEL CORRAL, I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, op.cit., pág. 577.

tipos de contratos, en que no existía una obligación de un resultado determinado, sino tan sólo proceder de buena fe, la noción de culpa contractual se reducía a dilucidar si el deudor cumplió de buena fe⁴⁹. En esta línea, una interpretación que supuso una evolución importante para el estudio de la responsabilidad médica, fue la relativa a la inaplicabilidad directa de la *Lex Aquilia*, cuando el daño se debiera a una omisión, es decir, de modo general, se requería un acto positivo. Sin embargo, las omisiones eran tomadas en consideración en supuestos específicos, por ejemplo, como se verá en un epígrafe posterior, el médico que interviene quirúrgicamente con éxito a un enfermo, pero abandona el postoperatorio causándole perjuicios⁵⁰.

Por otro lado, eran calificados diversos tipos de culpa, *lata*, como la culpa próxima al dolo, y la culpa *levis*, en la que incurre el que no se comporta con la diligencia de un buen padre de familia, además de la *diligentia quam suis*, en el ámbito contractual fundamentalmente, que implicaba el cuidado con que cada ciudadano se ocupaba de sus negocios⁵¹.

A la *iniuria*, se suma, por virtud de la *interpretatio* jurisprudencial, la estimación del daño en el valor máximo, que comprendía, además de la pérdida del valor positivo o daño emergente, la pérdida de la ganancia que se dejara de obtener a consecuencia del daño sufrido, o lucro cesante.

Finalmente, en los delitos de lesiones corporales o muerte de una persona libre⁵² se concedió al perjudicado una acción útil, por aplicación analógica de los principios que regían el daño a las cosas, permitiendo el resarcimiento de los daños causados, entre los que se encontraban los gastos de curación, las ganancias dejadas de obtener y la disminución de capacidad para adquirir en el futuro⁵³.

49 MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico...*, ob.cit., págs. 43 y 44.

50 Vid., DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, op.cit., pág. 68.

51 Vid., PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad...*, op.cit., págs. 17 y 18.

Sobre los grados de culpa en la responsabilidad aquiliana, ha sido de gran influencia en los análisis posteriores de la doctrina jurídica, la famosa frase del Digesto 9.2.44: *“in lege Aquilia et levisima culpa venit”*, Trad: *“En la Ley Aquilia se comprende también la culpa levisima”*, GARCÍA DEL CORRAL, I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, op.cit., pág. 588.

52 Cabe recordar que los esclavos tenían la consideración de cosa, y por tanto, se aplicaba la acción de la *Lex Aquilia*.

53 Vid., DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, ob.cit., pág. 69.

A finales del siglo I a.C., la jurisprudencia, mediante una amplia interpretación de la *iniuria*, que pasó a emplearse para tipificar cualquier daño injusto que recayera sobre el cuerpo o el honor de una persona libre, comenzó a referirla no sólo a la lesión física, sino también al daño moral -*contumelia*-⁵⁴.

En el periodo de Severo, se completa el esquema de la responsabilidad civil, constituyendo la culpa el título de imputación de la responsabilidad, la función mixta sancionatoria y reparatoria de dicha responsabilidad y la cuantificación del daño según el criterio de interés del acreedor. Esquema que se trasladará al derecho Común y posteriormente inspirará los Códigos modernos⁵⁵, junto a otros elementos justificadores que se van añadiendo, como el concepto de delito derivado de la obligación de no dañar al prójimo -*neminem laedere*-, la consagración de la libertad humana como eje del sistema de daños y la distinción entre derecho penal y derecho civil⁵⁶.

2.4. La evolución hasta la Codificación decimonónica. La determinación del principio general de la responsabilidad civil.

En términos generales, y siguiendo a DÍEZ-PICAZO, la evolución histórica de la responsabilidad durante esta etapa, se manifiesta en una serie de puntos significativos⁵⁷. El primer aspecto de especial trascendencia, es el intento de separar el carácter penal de la *Lex Aquilia*, convirtiendo la acción ejercitable en una acción indemnizatoria. Esta interpretación dará lugar a evitar algunas de las consecuencias que derivaban del carácter penal de la acción, como la intransmisibilidad por vía sucesoria. De otro lado, se consolida la responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes, la posibilidad del resarcimiento mediante la restitución de la cosa *in natura*, y el carácter general de la acción de la *Lex Aquilia*. Además de consolidarse el esquema de la responsabilidad que posteriormente se fraguará en los Códigos del siglo XIX.

Por lo tanto, uno de los puntos más destacables de la evolución de la responsabilidad civil, en esta

época, es la separación del carácter penal de la acción de responsabilidad derivada de la *Lex Aquilia*. Esta nueva concepción, derivó precisamente, en la posibilidad del ejercicio de la acción *mortis causa*, en virtud de la cual, en caso de muerte, los herederos tienen derecho al resarcimiento de daños contra el culpable, lo que estaba reconocido principalmente, a los parientes y al cónyuge con derecho de alimentos respecto del fallecido, viéndose privados de tal derecho por causa de la muerte. Asimismo, se admitió el derecho al *pretium doloris*, según el cual, a la persona injustamente torturada se le concedía el resarcimiento por el dolor, así como a la mujer que a causa del daño veía disminuir la probabilidad de casarse.

El elemento de la culpa es considerado con un nuevo concepto. Se da forma definitiva a la noción de culpa, distinguiéndola en *lata*, *leve* y *levísima*, a través de la labor que da comienzo con los glosadores de la Escuela de Bolonia, a partir del siglo XI, sobre los textos del derecho romano justiniaeneo. Dicha clasificación de la culpa, responde a tres grados en un baremo de diligencia exigido. Así por ejemplo, se admite la culpa levísima en el daño producido por omisión que ya había sido reconocido, excepcionalmente, a través de la acción de la *Lex Aquilia*, y aquí se reafirma por la jurisprudencia. Es necesario citar la influencia operada por el derecho canónico en esta época, sobre el proceso de construcción de la culpa, con base en una concepción moral cristiana de la misma y el fundamento moral de la reparación de los daños⁵⁸.

Una segunda fase, la constituye la Escuela de Derecho Natural, en la que se afirma por primera vez, el principio de que el hecho ilícito como tal genera la obligación de resarcir el daño causado. Grocio formaliza en 1625 esta nueva construcción doctrinal⁵⁹. La novedad que supone la aportación del iusnaturalismo, se halla en que el fundamento de la responsabilidad por culpa es la razón natural, la propia naturaleza humana, y no ya la autoridad del derecho romano, de aquí que los autores ya no se encuentren vinculados por las limitaciones interpretativas del *Corpus Iuris Civiles*, del derecho romano⁶⁰. Esta línea fue seguida

54 *Vid.*, DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones...*, *op.cit.*, págs. 355.

55 *Cfr.*, REGLERO CAMPOS, F. "Los sistemas de responsabilidad civil", *op.cit.*, pág. 259.

56 *Cfr.*, ROCA TRÍAS, E. *Derecho de daños.*, *op.cit.*, pág. 20.

57 DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, *op.cit.*, pág. 72.

58 *Vid.*, PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad...*, *op.cit.*, pág. 23.

59 *Cfr.*, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *op.cit.*, págs. 76 a 79.

60 *Vid.*, PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad...*, *op.cit.*, págs. 25 y 26. Concluye el autor, en relación con la evolución en esta etapa, que el iusnaturalismo moderno no introdujo modificaciones sustanciales en el contenido de la culpabilidad, sino que otorga una nueva base al sistema, liberándolo del apego de

por la mayor parte de la literatura jurídica del siglo XVIII, entre cuyos postulados, debe destacarse la definición de la figura del daño, que pierde los presupuestos restrictivos de los romanistas, para ser considerado como toda disminución de lo que se posee, usurpación de lo que se podía pretender u omisión de lo que se podía hacer⁶¹.

Los autores precodificadores absorbieron estas doctrinas, a las que sumaron nuevas interpretaciones. Siendo paradigma la obra de DOMAT, que formula un principio general de responsabilidad civil, situando la culpa como el fundamento de la obligación de reparar, únicamente evitable ante la concurrencia de un caso fortuito⁶². Para el autor, la culpa incluye cualquier descuido o imprudencia, como la ignorancia o la desatención a las reglas profesionales, estando el límite de esta responsabilidad en aquellos acontecimientos independientes de la voluntad de las personas a quienes les sobreviene⁶³. Por tanto, subyace como elemento fundamental de imputación, la culpa, de tal forma que si falta la culpa, no habrá lugar a la reparación, al considerarse un daño fortuito.

El continuador de esta línea doctrinal es POTHIER, que no enuncia tan claramente un principio general de responsabilidad civil y, en su lugar, define la figura del cuasidelito como el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otra, en contraposición con el delito, en que sí concurre dolo o malignidad⁶⁴. En ambos casos surge la reparación del daño causado. También estudia otras ideas que se trasladarán a los Códigos, como la reducción proporcional del deber de indemnización fuera de los casos de dolo⁶⁵, así como la definición de los caracteres del acto ilícito que darán lugar a la responsabilidad: el elemento subjetivo (dolo o culpa), el daño, como elemento objetivo, la intención que implica la imputabilidad, y el nexo causal entre la conducta y el daño. Construcción que, en opinión de ROCA TRÍAS, ha de tenerse muy en cuenta al

efecto de la actual teorización de los conceptos en derecho de daños⁶⁶.

Es en este momento histórico, donde, en opinión de los hermanos MAZEAUD y TUNC, nace la figura de la responsabilidad civil, con existencia propia, al separarse por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal y por tanto, estar en condiciones de establecer dicho principio general de responsabilidad por culpa⁶⁷.

2.5. La regulación de la responsabilidad en el derecho español de la Edad Media. Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio.

Tras la caída del Imperio de Occidente con la invasión de los reinos germánicos en el año 476 d.C., se produce una interrelación entre los derechos propios de ambos pueblos, que da origen a los derechos medievales, de carácter eminentemente municipal. La influencia del derecho germano, que aplica una responsabilidad de carácter objetiva, se aprecia claramente en los Fueros españoles, cuyas disposiciones relativas a la responsabilidad no contienen el elemento culpabilista, si bien, puede observarse una evolución paulatina en el tiempo, en que comienzan a establecerse algunas excepciones de responsabilidad por culpa en dichos fueros, dando lugar a un sistema mixto de responsabilidad⁶⁸, hasta la promulgación de *Las Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio.

En este sentido, el *Liber Iudiciorum*, numerosos fueros municipales, el *Derecho territorial castellano* y el *Fuero Real*, establecieron la responsabilidad pecuniaria frente a los daños de lesiones corporales, mediante la fijación de cantidades específicas en función, principalmente, de la parte del cuerpo lesionada. Puesto que también eran elementos moduladores de dicha sanción, la condición social de los implicados o el medio que se utilizara en la causación de la herida⁶⁹. Sin embargo, la intencionalidad del causante

las fuentes romanas, lo que permitió la formulación del principio general de responsabilidad por culpa.

61 Cfr., DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, op.cit., pág. 78.

62 DOMAT, J., *Las leyes en su orden natural*. Tomo II. Trad. De Felio Villarubias y José Sardá. Barcelona, 1861, pág. 76.

63 *Ibidem*, págs. 78 y 79.

64 POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, Trad. De las Cuevas, M.C., Buenos Aires, 1978. Pág. 72.

65 Cfr., DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, op.cit., pág. 79.

66 ROCA TRÍAS, E. *Derechos de daños*, op.cit., pág. 21.

67 MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico...*, op.cit., págs. 57 y 58.

68 Ofrece un estudio pormenorizado de la naturaleza de la responsabilidad contenida en los Fueros de España en la Edad Media: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva...*, op.cit., págs. 45 a 68.

69 *Vid.*, MORALES PAYÁN, M.A., *La configuración legislativa del delito de lesiones en el derecho histórico español*. Madrid, 1997, págs. 214 a 226. A modo ejemplificativo, en el *Fuero Juzgo*, si un hombre libre hiere a otro hombre libre en la cabeza debe pagar 5 sueldos sino sale sangre; 10 si rompe

de las lesiones no era muy tenida en cuenta, pues en la mayoría de fueros no se deslindaban los supuestos en virtud de dicho elemento intencional. En opinión de MORALES PAYÁN, el modelo del *Liber Iudiciorum*, siguió presente en los Fueros altomedievales, especialmente en los de la Extremadura castellano-aragonesa, que demuestran la preocupación fundamental por proteger la integridad del cuerpo humano y su salud, lo que se traduce en el castigo de todas aquellas acciones que supusiesen un atentado contra el cuerpo, concebido como un “todo” inseparable⁷⁰.

La culpa vuelve a ocupar una posición central en *Las Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio⁷¹. Expone ESCUDERO, que la obra de Alfonso X El Sabio constituye la más brillante aportación hispánica a la historia universal de la legislación, siendo *Las Siete Partidas* del año 1252, la referencia de la contribución española a la historia global de leyes y códigos, y el código más importante de la historia del derecho español como modelo de obra jurídica, que aprovecha la filosofía greco-latina, los textos bíblicos, ocupando un lugar central las fuentes romano-canónicas del derecho común, el *Corpus Iuris*, así como las feudales⁷².

Interesa en este momento, la Séptima Partida como reguladora del derecho de daños, en cuya Ley I del Título XV⁷³, dispone expresamente un concepto de daño junto a un principio de responsabilidad por culpa:

“Daño es empeoramiento o menoscabo o destruímiento que home recibe en sí mismo ó en sus

o raja la piel; 20 por llegar hasta el hueso y 100 si se rompe el hueso. Entre los fueros municipales, el *Fuero de Cuenca*, por el hecho de herir mediante coces la sanción es de 20 *merces*, o arañar en la cara o el cuello es castigado con 2 *merces*. El *Fuero de Palencia*, establece la pena de 100 sueldos para quien agrede de tal manera a otro que le mutila las manos, los pies, los dedos, o cualquier otro miembro o le llega a sacar los ojos.

70 Vid., MORALES PAYÁN, M.A., *La configuración legislativa...*, op.cit., pág. 41.

71 Cfr., PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad...*, op.cit., pág. 23.

72 Vid., ESCUDERO, J.A., *Curso de Historia del derecho. Fuentes e Instituciones Político- Administrativas*. Madrid, 1995, págs. 441 a 457.

73 *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X El Sabio*. Tomo III. Real Academia de la Historia, Madrid, 1972, pág. 625. Trad: “Daño es empeoramiento o menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Y hay tres maneras de él: la primera es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan con ella o por otro mal que le hacen; la segunda es cuando se mengua por razón del daño que hacen en ella; la tercera es cuando por el daño se pierde o se destruye la cosa del todo.”

cosas por culpa dotri: et son tres maneras dél; la primera es quando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan hi, ó por otro mal quel facen; la segunda es quando se mengua por razon del daño que facen en ella; la tercera es quando por el daño se pierde ó se destruye la cosa del todo”.

La Ley III de este mismo Título establece lo siguiente sobre el concepto de culpa:

“Emendar et pechar debe el daño aquel que lo fizo al que lo recibió: et eso le puede ser demandado, quier lo hobiese fecho por sus manos, ó aviniere por su culpa, ó fuese fecho por su mandado ó por su consejo, fueras ende si aquél que fizo el daño fuese loco, ó desmemoriado ó menor de diez años et medio; ca entonce nol puede seer demandada emienda del daño que desa guisa ficiese⁷⁴, (...)”.

Aparte de la capacidad de la persona para determinar la existencia de culpa, la Ley VI, completa el concepto, identificando la culpa con la imprudencia, independientemente de la voluntariedad en la causación del daño:

“Peleando dos homes en uno, si alguno dellos queriendo ferir á aquel con quien peleaba firriese á otro, Moguer non lo ficiese de su grado, tenuto es de facerle emienda, porque como quier que él non fizo á sabiendas el daño al otro, pero acaeció por su culpa.”⁷⁵

La vuelta al establecimiento de la responsabilidad por culpa, supone una ruptura con la línea mantenida hasta entonces en la Edad Media, basada en una responsabilidad objetiva o por el resultado. La continuación de la teoría de la responsabilidad culpable se fragua hasta su culminación en el siglo XIX con la promulgación del Código Civil español de 1889, pasando por el comienzo de la segregación entre responsabilidad penal y civil, a partir del siglo XII, y

74 *Las Siete Partidas...*, op.cit., pág. 626. Trad: “El que hizo el daño debe enmendarlo al que lo recibió, y debe ser demandado quien lo hubiese hecho con sus manos o por culpa suya, o fuere hecho por su mandato o por su consejo, aunque si aquél que hizo el daño, fuese loco, desmemoriado o menor de diez años y medio, o si alguno lo hubiese hecho amparado en sí mismo o en sus cosas, entonces no se le puede demandar emienda del daño que de esta forma hiciere.”

75 *Ibidem*, pág. 628. Trad: “Peleando dos hombres, si alguno de ellos, queriendo herir a aquel con quien peleaba hiriese a otro, aunque no lo hiciese voluntariamente, debe enmendarle el daño, pues aunque no lo hiciera a sabiendas, acaeció por su culpa.”

la Escuela Española de Derecho Natural que supuso la base de los trabajos iusnaturalistas de la Escuela moderna de derecho Natural⁷⁶.

2.6. Breve exégesis sobre la responsabilidad en la Codificación y la aparición de la teoría de la responsabilidad por riesgo

Con el estallido de la Revolución Francesa en 1789, triunfa el Iluminismo, que pregonaba el triunfo de la razón sobre todas las cosas, corriente de pensamiento que tuvo su manifestación jurídica en la codificación. La *faute*, equivalente al concepto de culpa en el ámbito de la responsabilidad, fundamentó los artículos reguladores de dicha figura en el *Code Napoléonico*, bajo la inspiración directa de las formulaciones de Domat y su continuador Pothier, calificado como el padre del Código Civil francés, del que se trasladaron, literalmente, numerosos postulados⁷⁷. De esta forma, los artículos 1382 y 1383 CC.fr. disponen, respectivamente, que “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il et arrivé à le réparer*”⁷⁸ y “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”⁷⁹. Se formula por primera vez, en un texto de derecho positivo, una cláusula general del principio natural de responsabilidad por culpa⁸⁰.

La predominancia de la culpa en el sistema de responsabilidad civil, se vio justificada, de un lado, desde el aspecto moral, y la consiguiente finalidad sancionatoria de la responsabilidad, y de otro lado, por el sistema de la sociedad burguesa y la economía industrial naciente tal, que no se viera limitado su crecimiento, siempre que se observara el nivel de

76 Cfr., PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad...*, op.cit., pág. 24. El autor, extrae algunos párrafos significativos sobre las obras de la doctrina española anterior a la Codificación. Por ejemplo, traslada de Asso y De Manuel, de 1792, sobre la legislación de Castilla en materia de daños: “*Que todo daño en la cosa debe enmendarse al dueño de ella, o a sus herederos por el que lo causó y que para esto basta que intervenga culpa levisima.*”.

77 Vid., PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad...*, op.cit., pág. 24pág. 24.

78 Trad. Legifrance: “*Cualquier hecho del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa se ha ocasionado, a repararlo*”. www.legifrance.gouv.fr.

79 Trad. Legifrance: “*Cada uno es responsable del daño que ha causado no solamente por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia*”. www.legifrance.gouv.fr.

80 PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad...*, op.cit., pág. 33.

diligencia requerido para no responder, pues de lo contrario, ante una regla objetiva de responsabilidad, la justificación de obrar con la diligencia requerida no excusaba el pago de los daños ocasionados, al ser responsable por la sola causación⁸¹. Bajo estos presupuestos, REGLERO CAMPOS, enumera las siguientes reglas que imperaron en los ordenamientos de finales del siglo XIX: “*a) No puede haber responsabilidad si no hay culpa o dolo de quien causó el daño; b) El concepto de culpa tiene una dimensión fundamentalmente subjetiva, caracterizada por la negligencia, imprudencia o impericia, y tiene una implicación moral en tanto que el acto culposo es considerado como un acto moralmente reprobable; c) Las reglas de la responsabilidad civil que disciplinan el acto culposo asumen la función de “sanción” de la culpa, y disponen una “amenaza” dirigida también a prevenir eventuales comportamientos dañinos; d) De tales reglas resulta que sólo los actos que lleva a cabo un sujeto pueden resolverse con una sanción a su cargo.*”⁸²

El desarrollo de la industrialización y el maquinismo en el siglo XIX y principios del siglo XX, influyó definitivamente en la evolución del principio de responsabilidad por culpa hacia el denominado, principio de responsabilidad por riesgo⁸³, es decir, sin necesidad de la concurrencia de la culpa en la generación del evento dañoso. REGLERO CAMPOS, señala dos fundamentaciones importantes en el desarrollo jurídico de esta teoría; por un lado, la que se basaba, no tanto en el hecho de que se tratara de una actividad de riesgo, cuanto en la situación en que se encontraba cada parte al tiempo de probar las circunstancias del accidente acaecido, siendo la posición del empresario más ventajosa que la del trabajador que sufrió el perjuicio y, por tanto, siendo el empresario el que debe responder de lo ocurrido en el marco de su actividad. De otro lado, la implantación de un sistema objetivo de responsabilidad, viene justificado con base al principio según el cual, quien emprende una actividad generadora de riesgos para un tercero con el propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque no hubiese incurrido en culpa. Se trataría, en definitiva, de hacer

81 Cfr., LÓPEZ HERRERA, E., “*Introducción a la responsabilidad civil*”, El: *Publicaciones*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, México, 2004, pág. 8. www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones

82 REGLERO CAMPOS, L.F. “*Conceptos generales...*”, op.cit., págs. 56 y 57.

83 Cfr., TUNC, A., *La Responsabilité Civile*. 2ª ed., Paris, 1989, pág. 62.

socialmente soportable el daño a través de una amplia repartición del mismo⁸⁴.

Por otro lado, la judicatura francesa de la época, se apoyó en el artículo 1384 del CC fr., para la interpretación jurisprudencial de la nueva teoría de la responsabilidad por riesgo. Dicho artículo establecía que se debe responder “*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde*”⁸⁵. Con esta base, la Corte de Casación, en sentencia de 13 de febrero de 1930, sentó la doctrina legal que consagra la responsabilidad objetiva por el hecho de la cosa, bajo el siguiente fundamento “*para la presunción que ella establece, la ley, no distingue según que la cosa que ha causado el daño haya sido o no accionada por la mano del hombre.*”⁸⁶. Como dice JOURDAIN, la evolución objetiva de la responsabilidad puede ser observada más nítidamente sobre el plano jurisprudencial que sobre el plano legal⁸⁷. Posteriormente, dará comienzo un repertorio de leyes basadas en la responsabilidad objetiva. El primer ámbito regulado bajo este sistema fue el laboral.

El sistema de responsabilidad del *Code* francés, pasaría al Código Civil español de 1889, vigente en la actualidad con algunas modificaciones. En definitiva, toda sociedad ha dispuesto de mecanismos jurídicos para sancionar penalmente la causación de un daño, y por otro lado, la responsabilidad civil, con origen en la *Lex Aquilia* del derecho romano, ha sufrido un constante proceso de evolución, caracterizado, principalmente, por la progresiva implantación de criterios objetivos de imputación⁸⁸, a partir de la revolución industrial hasta nuestros días, en que el sistema de responsabilidad civil está concebido como un mecanismo fundamentalmente reparador.

3. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CON ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD EN CIRUGÍA

La responsabilidad médica ha evolucionado en simetría con la responsabilidad civil, si bien, y como ocurre en la actualidad, la responsabilidad médica consta de sus propios caracteres configuradores que han de ser analizados individualmente. Sin embargo, y con carácter excepcional, no es extraño poder apreciar en algunas épocas, que la responsabilidad sobre este sector profesional se aleja de las reglas generales de responsabilidad establecidas. Así mismo, se puede apreciar el reflejo de un régimen de responsabilidad médica, como especialidad sobre el régimen general establecido, desde los primeros antecedentes de esta figura en las civilizaciones antiguas. Si bien, también hay que señalar que, en opinión de ATAZ LÓPEZ, a pesar de los antecedentes documentados que demuestran la preocupación acerca de la responsabilidad médica desde los primeros tiempos, no existen o no se conocen datos sobre la trascendencia y la aplicación práctica de dicha responsabilidad a lo largo de la historia de nuestro derecho⁸⁹.

La actividad quirúrgica, por su parte, también ha tenido una manifestación específica en los regímenes de responsabilidad, mediante la previsión del supuesto concreto ante una operación. Descendiendo a la especialidad de la cirugía plástica, en una primera etapa histórica, y de la cirugía estética en una segunda etapa, las conclusiones sobre la existencia de responsabilidad desde sus primeros orígenes, resultan llamativas al no estar relacionadas con la actividad médica hasta, aproximadamente, la segunda mitad de la Edad Media.

3.1. Primeros antecedentes jurídicos documentados. La equiparación de responsabilidad por cirugía plástica en las civilizaciones antiguas. Los primeros indicios.

Tal y como relata DE LA QUINTANA FERGUSON, “*Ya en las civilizaciones más antiguas el ejercicio de la medicina –mejor se diría en esos pueblos el arte de curar– aparece reglado y el médico, generalmente investido de alto privilegio social, conoce desde los primeros tiempos la exigencia de obligaciones y deberes*”⁹⁰.

84 REGLERO CAMPOS, L.F. “*Conceptos generales...*”, *op.cit.*, págs. 57 a 59.

85 Trad. Legifrance: “*Se es responsable no sólo por el daño causado por el hecho propio sino hecho también de aquél que han causado las personas por las que se debe responder o de las cosas que se tiene bajo la guarda*”. www.legifrance.gouv.fr.

86 Referida en: LÓPEZ HERRERA, E., “*Introducción...*”, *op.cit.*, pág. 10.

87 JOURDAIN, P., *Les principes...*, *op.cit.*, pág. 11.

88 *Vid.*, REGLERO CAMPOS, L.F., “*Conceptos generales...*”, *op.cit.*, pág. 33

89 ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, pág. 20.

90 DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil del médico*, Madrid, 1949, pág. 29.

El primer texto conocido en que se trata la deontología médica es el Código de Hammurabi, que siguiendo la línea general de los sistemas jurídicos de los pueblos primitivos, dispone una responsabilidad objetiva, en relación con una obligación de resultado, es decir, sanciona el acaecimiento de un daño independientemente de la diligencia en el actuar del médico. También siguiendo con la línea general del régimen de responsabilidad en esta época, se establecía un sistema de penas corporales, como reparación con carácter sancionador, en lugar de una compensación pecuniaria.

Cabe destacar que el principio general de responsabilidad médica contenida en este Código, se refiere a un supuesto de operación, dispuesto en la regla 218, que dice:

*“Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o si ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano”*⁹¹

Por lo tanto, del análisis de la regla descrita, se puede destacar la determinación del grado de importancia de una operación, cuando dice, valga la redundancia, “operación de importancia” para que, ante un resultado de muerte, el médico deba responder con su propia integridad física, independientemente de la existencia de culpa en su actuar. De tal forma, que aunque en esa época no se discutiese sobre el tipo de responsabilidad, nos encontramos claramente ante un supuesto de responsabilidad por el resultado. Hallamos, en consecuencia, el primer antecedente documentado sobre responsabilidad médica en base a un régimen objetivo de responsabilidad⁹², equipara-

91 *Vid.*, LARA PEINADO, F., *Código de Hammurabi*, *op.cit.*, pág. 115.

92 También mantienen esta opinión: CUETO PÉREZ, M., *Responsabilidad de la Administración Sanitaria*, Valencia, 1998, pág. 136 y LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico...*, *op.cit.*, pág. 6, que califica el sistema de responsabilidad de este Código, como un sistema retributivo estricto, tanto en orden a la responsabilidad civil como penal.

Otros autores, como MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, apunta a una finalidad de ejemplaridad con la amputación de los miembros que debieron ser hábiles y eficaces y fueron torpemente utilizados, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, pág. 234.

Por su parte, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, expresa la siguiente consideración sobre el régimen que establece la regla 218 del Código de Hammurabi: “En nuestra opinión y sobre la base del artículo 217 del Cod. Hammurabi [Si un médico operare a un hombre gravemente herido con una lanceta

de bronce y salvare la vida de ese hombre o si operase con una lanceta de bronce una catarata y salvare el ojo del hombre, recibirá 10 siclos de plata], el 218 constituye un supuesto que si bien de gran abstracción y generalidad, parece comprender todos los casos de pérdida del ojo, tanto aquellos que obedezcan a negligencia o falta de conocimientos del médico, como los en que pese a toda su diligencia y saber, dicha fatal consecuencia se hubiere producido, supuesto éste último de clara y evidente responsabilidad objetiva.”, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva...*, *op.cit.* pág. 23.

ble al régimen de responsabilidad que pretende exigir un determinado resultado de la actuación médica quirúrgica estética.

De otro lado, se aprecia la fijación de una compensación pecuniaria cuando los actos médicos se ejercían sobre un esclavo y el resultado era la muerte o la pérdida de un ojo⁹³. Cuestión que para parte de la doctrina, supone una distinción en la aplicación del régimen de responsabilidad, con penas físicas gravísimas, cuando el lesionado o fallecido por causa del actuar del médico era persona libre, encuadrable por tanto, como una responsabilidad penal, sin embargo, cuando el lesionado o fallecido era esclavo, la reparación era económica, pudiendo hablar en este caso de una responsabilidad civil⁹⁴.

Pasando al ámbito de los orígenes de la responsabilidad en cirugía plástica-estética, es necesario apuntar los primeros antecedentes documentados sobre la práctica de esta especialidad, que datan de los años 3.500 y 2.200 a.C, en los papiros de Ebers y en los de Edwin Smith, respectivamente, que atestiguan la práctica de intervenciones quirúrgicas de nariz, orejas, mentón y mamas, en el antiguo Egipto, aparte de su preocupación por la estética, mediante la utilización de cosmética con finalidad mágica y ritual, siempre con el objetivo de embellecer el rostro, junto a técnicas de embalsamamiento y conservación de los cuerpos. Más adelante, concretamente sobre el 800 a.C., los hindúes practicaron reconstrucciones de nariz, debido a las amputaciones que se realizaban como castigo hacia la mujer acusada de adulterio. Estas operaciones eran realizadas por los alfareros y los tejedores, que como artesanos podían modelar y

de bronce y salvare la vida de ese hombre o si operase con una lanceta de bronce una catarata y salvare el ojo del hombre, recibirá 10 siclos de plata], el 218 constituye un supuesto que si bien de gran abstracción y generalidad, parece comprender todos los casos de pérdida del ojo, tanto aquellos que obedezcan a negligencia o falta de conocimientos del médico, como los en que pese a toda su diligencia y saber, dicha fatal consecuencia se hubiere producido, supuesto éste último de clara y evidente responsabilidad objetiva.”, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva...*, *op.cit.* pág. 23.

93 Dichas normas se disponían las reglas 219 y 220, con el siguiente contenido: 219.- “Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo. 220.- Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio”, LARA PEINADO, F., *Código de Hammurabi*, *op.cit.* pág. 115.

94 *Cfr.*, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de Responsabilidad Médica*, 5ª ed., Granada, 2007, pág. 6.

colocar una nueva nariz⁹⁵. El testigo de esta práctica, se encuentra en los escritos de Susruta, entre los años 800 y 600 a.C, considerado el padre de la medicina india, donde relata la historia de los *Koomas*, alfareros que, además de ejercitar su profesión, realizaban este tipo de intervenciones de reconstrucción de nariz, por ser considerados de una casta inferior que provocaría el desprestigio por su práctica a los médicos, considerados de una casta superior⁹⁶.

Tomando en consideración estos antecedentes, merece especial detenimiento el análisis de las siguientes reglas del Código de Hammurabi que se transcriben a continuación:

“226.- Si un barbero, sin la autorización del propietario del esclavo, ha borrado la marca de un esclavo para que no pueda ser identificado (como esclavo), se amputará la mano de ese barbero.”

“227.- Si un señor ha engañado a un barbero y éste ha borrado la marca de un esclavo para que no pueda ser identificado (como esclavo), se dará muerte a ese señor y se le colgará en su (propia) puerta. En cuanto al barbero jurará “le he borrado (la marca) sin saberlo” y quedará en libertad.”

Ambos preceptos, tratan la responsabilidad del barbero, no por las lesiones que causaren en la intervención al esclavo para eliminar la marca que le identificaba, sino por el simple hecho de realizar dicha acción, que conllevaba penas muy severas. El barbero, aún produciendo alguna lesión o muerte al esclavo por la deficiente práctica de dicha intervención, no incurriría en una responsabilidad, al menos penal, debido al status social del esclavo, aunque si pudiera ser del tipo civil ante el dueño de dicho

esclavo, pues eran los barberos los que realizaban las intervenciones plásticas, que se consideraban como un trabajo manual impropio del médico que pertenecía a una clase social superior, y normalmente a esclavos o delincuentes amputados, tratándose de un colectivo a los que no les era reconocido ningún tipo de derecho.

De la relación entre los antecedentes histórico-sociales de la práctica de la cirugía estética, y los preceptos señalados sobre la responsabilidad del barbero en la práctica de ciertas técnicas sobre la piel de los esclavos, se desprenden los primeros antecedentes de la responsabilidad en materia de cirugía plástica, encontrándonos claramente ante un supuesto de responsabilidad objetiva en correspondencia con una obligación de resultado.

3.2. La responsabilidad médica en las civilizaciones egipcia y griega

En Egipto, DIODORO DE SICILIA, relata la existencia de un compendio de todas las reglas y conocimientos médicos a los que debía ajustarse el médico, de tal forma que su incumplimiento o inobservancia conllevaba la muerte del mismo, independientemente de las consecuencias para el enfermo. Por tanto, aún cuando de la práctica médica no se lograra el fin curativo, se produjera un efecto negativo en la salud o incluso tuviera lugar la muerte del enfermo, si el médico ha obrado siguiendo las reglas establecidas, no le era exigible responsabilidad alguna⁹⁷. Estas reglas se encontraban en un código llamado *Libro Sagrado*, elaborado por los sacerdotes con las declaraciones sobre los síntomas de las enfermedades recogidas de los pacientes⁹⁸.

En este caso, nos encontramos ante un régimen de responsabilidad similar al actual, por cuanto, dicha responsabilidad vendrá determinada en función del cumplimiento por el médico de la *lex artis*, es decir, la diligencia por el médico de un actuar conforme al conocimiento científico del momento, que se configura como una obligación de medios y no de resultado⁹⁹. Lo cual implica el comienzo de las primeras

95 La técnica utilizada consistía en deslizar un fragmento de piel de la frente hacia la antigua nariz con el fin de cubrir los tejidos amputados, dicho fragmento de piel se mantenía unido durante un tiempo tras el cual se seccionaba el mismo. En los escritos que atestiguan estas prácticas, también se incluían otro tipo de instrucciones para llevar a cabo estas prácticas, tales como la utilización de instrumentos afilados.

96 Vid., CASBAS, P. y SOSPEDRA, E., *Estírame. Locos por la cirugía estética*, Barcelona, 2002, págs. 107 y 108, GAYNOR, A., *Todo lo que usted siempre quiso saber de la cirugía estética y nunca se atrevió a preguntar*, 1999, pág. 35, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética...*, op.cit. págs. 143 y 144, MARTÍNEZ SAHUQUILLO, A. *Concepto y evolución de la cirugía...*, op.cit. págs. 15 y 16, MONTOYA, A.G., *La cirugía estética: qué es, qué no es*, Madrid, 1995, págs. 235 y 236 y PLANAS, J., *Cirugía estética. Sin trampa ni cartón*, Madrid, 2005. págs. 402 y 403.

97 Vid., DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil...*, op.cit. pág. 29.

98 Vid., LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico...*, op.cit. pág. 7

99 Comparte esta tesis, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de responsabilidad...*, op.cit. pág. 26, en que, ante la interpretación del Juramento Hipocrático, configura la prohibición de la obligación de curar, como una obligación de medios.

ideas de responsabilidad por culpa, superando de este modo, la responsabilidad objetiva instaurada en los pueblos primitivos.

En esta línea, el comienzo de un nuevo régimen de responsabilidad del médico, es reflejado por ARISTÓTELES: “Entre los egipcios no estaba permitido levantarse antes del tercer día, porque si el médico levantaba antes (al enfermo), lo hacía bajo su responsabilidad”¹⁰⁰.

En Grecia, se concibe la responsabilidad médica con un sentido deontológico. Del análisis del Juramento Hipocrático¹⁰¹, con pronunciamientos expresos sobre la prohibición de castración y abortos o el secreto profesional, únicamente se desprende el contenido de la obligación médica, de poner a disposición del paciente todos sus conocimientos para el mayor beneficio de éste¹⁰². Se trataba de un compromiso de carácter ético con un fuerte componente mitológico que se juraba ante los dioses. Su trascendencia¹⁰³

100 ARISTÓTELES, *Política*, Libro II, Cap. I. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araujo, Madrid, 1951, pág. 27.

101 “Juro por Apolo médico y por Asclepio y por Higia y por Panacea y todos los dioses y diosas, poniéndoles por testigos, que cumpliré según mi capacidad y mi criterio, este Juramento y declaración escrita:

Trataré al que me haya enseñado ese arte como a mis progenitores, y compartiré mi vida con él, y le haré partícipe, si me lo pide, y de todo cuando le fuere necesario, y consideraré a sus descendientes como a hermanos varones, y les enseñaré ese arte, si desean aprenderlo, sin remuneración ni contrato.

Y haré partícipes de los preceptos y de las lecciones orales y de todo otro medio de aprendizaje no sólo a mis hijos, sino también a los de quien me haya enseñado y a los discípulos inscritos y ligados por juramento según la norma médica, pero a nadie más.

Y me serviré según mi capacidad y mi criterio, del régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de dañar.

Y no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pida, ni sugeriré un tal uso, y del mismo modo, tampoco a ninguna mujer daré pesario abortivo, sino que, a lo largo de mi vida, ejerceré mi arte pura y santamente.

Y no castraré ni siquiera (por tallar) a los calculosos, antes bien dejaré esa actividad a los artesanos de ella.

Y cada vez que entre en una casa, no lo haré sino para bien de los enfermos, absteniéndome de mala acción o corrupción voluntaria, pero especialmente de trato erótico con cuerpos femeninos o masculinos, libres o serviles.

Y si en mi práctica médica, o aún fuera de ella, viere u oyere, con respecto a la vida de otros hombres, algo que jamás deba ser revelado al exterior; me callaré, considerando como secreto todo lo de este tipo.

Así pues, si observo este juramento sin quebrantarlo, séame dado gozar de mi vida y de mi arte y ser honrado para siempre entre los hombres; más si lo quebranto y cometo perjurio, succédame lo contrario.”

102 *Vid.*, DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil...*, *op.cit.*, pág. 29.

103 *Vid.*, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de Res-*

como fuente de obligaciones médicas por lo universal de los principios que establece, ha perdurado en el tiempo hasta nuestra época actual. Según LLAMAS POMBO¹⁰⁴, con base en el siguiente texto de PLATÓN: “Un médico debe estar libre de todo castigo, ya que alguien es curado por el médico pero muere por sí mismo”, la responsabilidad médica en Grecia, en su caso, y sin hablar de responsabilidad en sentido estricto, era una responsabilidad por culpa, aplicando el esquema general de responsabilidad por culpa que influyó en el régimen del derecho romano.

En la misma línea, siguiendo con los textos de PLATÓN, es destacable la siguiente idea sobre la responsabilidad de los médicos: “En cuanto a los médicos, si el tratado por ellos muere contra la voluntad del que lo trata, quede puro el médico ante la ley”¹⁰⁵. Sin embargo, cabe concluir con la prácticamente inexistente concepción de exigencia de responsabilidad de los médicos en Grecia, a favor de obligaciones de carácter únicamente deontológico.

3.3. La responsabilidad médica en el derecho romano

3.3.1. El ejercicio de la medicina en la sociedad romana

En el estudio de este tema en la época romana, se observa la evolución que se produce en el ejercicio de la curación. En un primer momento, se concebía como una actividad mágica o religiosa, hasta convertirse posteriormente en una profesión liberal y pasar a la socialización de la misma¹⁰⁶, incluso se sitúa el primer contacto serio de la profesión médica con el derecho en el ámbito de la responsabilidad¹⁰⁷. Por ello, de forma previa al análisis de la responsabilidad del médico en el derecho romano, resulta necesario

ponsabilidad..., *op.cit.*, págs. 24 y 25, LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil...*, *op.cit.*, págs. 5, 7 y 8.

104 *Ibidem*, pág. 8.

105 PLATÓN, *Las Leyes*, *op.cit.*, pág. 118.

106 *Vid.*, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, 3ª ed., Madrid, 1997, pág. 21.

107 *Vid.*, DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil...*, *op.cit.*, pág. 30 y MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética...*, *op.cit.*, pág. 235. Según Martínez-Pereda, la cuestión de la responsabilidad del médico en el derecho romano, aparece resuelta por primera vez, en época de Galeno, que fue el más famoso de los médicos en la antigüedad, proveniente de la Escuela de Pérgamo, y que cambiaría el rumbo de la actuación curativa durante el tiempo que ejerció la profesión en Roma, del 150 al 200 d.C.

examinar la situación social del ejercicio de la medicina y del médico, ya que, en función de los distintos tipos de relación existentes entre médico y paciente, el derecho ofrecía distintas soluciones, tanto en la calificación de dicha relación, como, y en consecuencia, en la responsabilidad que se derivase de la misma y las acciones ejercitables para su exigencia.

En una primera etapa de la historia de Roma, comprendida aproximadamente hasta finales de la República, el ejercicio de la actividad curativa era potestad del *paterfamilias* que acudía, bajo una creencia en lo mágico y lo religioso, a ritos y sacrificios a los dioses para sanar al enfermo que se encontrara bajo su *auctoritas*. Por tanto, se trataba de una medicina doméstica o familiar, mediante el uso de plantas u otros productos y muy marcada por la superstición¹⁰⁸.

A partir del siglo II a.C., la llegada a Roma de médicos procedentes del Mediterráneo oriental, principalmente de Grecia, llamados por los romanos a causa de la peste, cambia paulatinamente la concepción de la actividad médica, como una actividad científica, dejando atrás su noción religiosa. En la Época Clásica, la situación va cambiando, los romanos adquieren los conocimientos griegos para ejercer dicha actividad, ya que, a pesar de existir un recelo hacia el superior conocimiento en la materia por no ser genuinamente romana, dicho nivel científico era reconocido y asimilado para su sociedad¹⁰⁹. Esta formación médica no necesitaba ningún reconocimiento oficial, dicho reconocimiento era otorgado por los pacientes según el buen actuar del médico. De esta forma, la transmisión de conocimientos, no solo se dio entre los pudientes de las escuelas más prestigiosas, sino también había quienes aprendían de familiares, de amigos, los esclavos ayudantes o autodidactas. Por tanto, comienza una fase en que el ejercicio de la medicina está en manos de colectivos totalmente diversos. Por un lado, estaban aquellos médicos provenientes de las escuelas prestigiosas, a los que los emperadores concedían privilegios de todo tipo y cuyos pacientes también pertenecían al círculo de la clase alta. Y por otro, los que practicaban la medicina en clases sociales más modestas o en el propio ámbito familiar. En algunos casos eran esclavos griegos que por su cercanía a sus superiores, sus conocimientos en la materia superaban a los propios romanos.

La medicina gozaba de una alta consideración social, sin embargo, su ejercicio no se consideraba desde el plano práctico, sino más bien desde el teórico, es decir, los médicos privilegiados eran aquellos que poseían los conocimientos teóricos a lo que se les otorgaba valor, ya que otro tipo de prácticas, consideradas trabajos manuales, entre los que se encontraba la colocación de huesos, la curación de heridas o reposición de partes del cuerpo amputadas, no tenían dicha consideración de medicina como tal y por tanto, se practicaba por los esclavos, libertos o libres de baja condición económica. Esta situación dio lugar a la coexistencia de dos grandes grupos de médicos, que se clasificaban, bien por la actividad que realizaban o bien por los pacientes a los que trataban¹¹⁰:

a) Los médicos pertenecientes a las clases sociales más elevadas y que, en consecuencia, atendían a pacientes de análoga clase social, ostentaban la condición de médicos como tal y, por tanto, como profesionales de la medicina entendida como *ars liberalis*, que implicaba las siguientes características: la valoración de superioridad de los conocimientos teóricos sobre los prácticos y el carácter gratuito de la prestación de sus servicios, cuestión ésta, que tendrá importantes consecuencias jurídicas, pues en la relación entre médico y paciente subyace la influencia griega del sentido ético de la medicina. Superada una primera etapa en que la enfermedad era considerada como un castigo de los dioses, la relación entre médico y paciente se divide en dos vertientes; por un lado, la que identifica al médico como el amigo que actúa por amor al hombre y al arte *-philantrôphiê-*, que si bien llega a ser compatible con la percepción de *honorarium*, no entendido como retribución por el servicio, sino a modo de honra, esta idea de la relación entre el médico y el paciente condicionaba el problema de la determinación del nivel de la exigibilidad, y por consiguiente, de la responsabilidad, independientemente de la observancia de las reglas del oficio, ya que llegó a derivar en una relación ajena a cualquier vínculo jurídico y estrictamente de carácter ético. La segunda vertiente era la relación entre médico y paciente con ánimo de lucro por la prestación de sus servicios, que determina un vínculo contractual o extracontractual y que, en cualquier caso, determina un tipo específico de la relación jurídica entre las partes¹¹¹.

108 Vid., NUÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., pág. 20.

109 Vid., LAÍN ENTRALGO, P., *Historia...*, op.cit., págs. 59 y 60.

110 Vid., LAÍN ENTRALGO, P., *Historia...*, op.cit., págs. 105 a 107.

111 Íbidem, págs. 57 a 59.

b) En segundo lugar, se encuentran los que realizaban aquellas prácticas manuales peor consideradas, los *artífices* u obreros de la salud, y a los que no se les otorgaba la consideración del ejercicio de la medicina, tal como era concebida, practicada por esclavos, libertos u hombres libres de baja condición económica, y cuyos pacientes eran, en la gran mayoría de los casos, de su misma condición social, salvo en supuestos específicos, como la prestación del servicio del esclavo a su amo. Dentro de este grupo, aparte de los esclavos que practicaban la medicina, se establecen distintas clases:

- Los libertos médicos. La actividad de los médicos esclavos era cada vez más valorada, y a pesar de ser fuente de prerrogativas extraordinarias, el esfuerzo intelectual del esclavo no era tomado en consideración, ya que no puede realizar otras tareas que las manuales, y por tanto, tampoco podrán ejercer la profesión médica como lo podrá hacer un hombre libre. Pero la frecuencia con que se concedía la libertad a los esclavos médicos, crearía un colectivo de *libertos* médicos, dando lugar a diversidad de relaciones jurídicas, según arrendara sus servicios a cambio de un *salarium*, o los prestase al patrono o quien éste determine, en cuyo caso, sus servicios serían gratuitos.

- Por otro lado, están los *ingenuos*, los nacidos libres que trabajan como médicos como medio de subsistencia, eran considerados artesanos y los más despreciados, ya que se veían obligados a tratar lo menos digno, por ejemplo y en relación al ámbito de la cirugía plástica-estética, éstos eran los que reconstruían la parte del cuerpo amputada a un delincuente como castigo, o por las luchas entre gladiadores, por tanto, dicha desconsideración social del médico, dependía en parte, de la clase de personas a quienes trataba.

- Entre los *artífices* u obreros de la salud, también existían las especialidades, todas ellas relacionadas con trabajos manuales. Como actividad equivalente a la actual cirugía, se encontraban los *chirurgi*, cuyo significado es operación hecha con la mano *-chirurgus-*. Es destacable, al efecto de su estudio jurídico posterior, que la práctica de la cirugía no se realizaba por los que se consideraban los profesionales de la medicina en el sentido de superioridad anteriormente expuesto. Otra especialidad que debe destacarse, por su trascendencia como antecedente histórico de

la cirugía plástica-estética, son los *vulnerarius*, especialistas en heridas y llagas y que trataban principalmente a los gladiadores¹¹².

A modo de resumen, puede decirse que el ejercicio de la actividad de la medicina cada vez es más abundante entre hombres libres a cambio de un salario, cuya relación jurídica, como arrendamiento de servicios, sufrirá, no obstante, algunas especificidades, ya que el trabajo como medio de subsistencia está socialmente desconsiderado, debiendo distinguir entre la prestación de servicios médicos por quienes tienen un alto nivel social, y por quienes se dedican a ello como medio de subsistencia, todo lo cual, con la correspondiente repercusión jurídica.

Al efecto del ámbito específico de estudio, la responsabilidad en el derecho romano de los cirujanos y, particularmente de lo que puede considerarse el antecedente de la práctica quirúrgica plástica-estética, se destaca que su ejercicio se relegaba a los médicos de estratos sociales bajos, fueren libres o esclavos, así como su práctica mayoritaria sobre pacientes de su mismo estrato social, lo que determina soluciones jurídicas específicas. Además de la aparición en los textos del Digesto, como se verá a continuación, de previsiones concretas de responsabilidad para el caso de las operaciones.

112 Ha sido destacado CELSO (siglo I d.C.), como transmisor de los conocimientos adquiridos desde la India, Arabia y Egipto y haberlos aunado en su obra *"De Re Medica"*, en la que, en su parte final, describe los métodos de reconstrucción de orejas, narices y párpados mutilados, sobre la que desarrolla la antigua técnica de colgajo y las normas de conservación. Debido a esta obra, parte de los autores en la materia, le catalogan como el precursor de la cirugía plástica estética, aunque, como se plasmará más adelante, la opinión sobre el primer creador de la especialidad es objeto de discrepancia.

También ha sido destacado GALENO (siglo II d.C.), que dio a conocer sus intervenciones de cirugía plástica-estética en más de quinientas obras, mayormente cirugías en las manos y de reconstrucción en el rostro, por haber sido cirujano de gladiadores. De esta misma era, data la primera práctica de una operación de ginecomasia por PAUL DE EGINA (625 a 629 d.C.), en la escuela de Alejandría. Otros datos de interés en la práctica quirúrgica de esta época que fueron transmitidos y perduraron en la práctica médica de eras posteriores, es la utilización de una esponja empapada en mandrágora como anestésico. Estos avances no serían posibles sin el saber médico proveniente de Grecia y, concretamente, de ESCULAPIO, del que destacan sus revolucionarios conceptos del tratamiento de las heridas, e HIPÓCRATES (siglo V a.C.), así como de la medicina, cuyas normas básicas del tratamiento quirúrgico permitió los desarrollos posteriores y aún hoy día siguen en vigencia. *Vid.*, LAIN ENTRALGO, P., *Historia...*, *op.cit.*, pág. 100, MARTINEZ SAHUQUILLO, A., *Concepto y evolución de la cirugía...*, *op.cit.*, págs. 16 y 17 y PLANAS, J., *Cirugía estética...*, *op.cit.*, págs. 407 y 408.

3.3.2. El vínculo contractual del médico con el paciente

Se ha observado como la relación médico-paciente está determinada por su situación social y jurídica, y el tipo de medicina que ejercen, arbitrándose una solución legal para cada caso. En este sentido, antes de entrar a valorar los supuestos de responsabilidad del médico regulados dentro de la *Lex Aquilia*, procede el análisis de la relación contractual entre médico y paciente, con las correspondientes consecuencias en cuanto a la naturaleza de la obligación del médico en cada caso, y las distintas acciones ejercitables ante un incumplimiento.

El tipo de contrato que regía la relación jurídica entre médico y paciente en el derecho romano es objeto de controversia por parte de la doctrina, que mantiene diversos criterios, bien a favor del contrato de mandato –*mandatum*– o bien a favor de los contratos de arrendamiento, de servicios o de obra –*locatio conductio operarum, locatio conductio operis*–. Para determinar la contractualidad de esta relación¹¹³, uno de los caracteres determinantes es la percepción de remuneración por la prestación de sus servicios, lo que hacían la mayoría de los médicos. A raíz de ello, podrá determinarse el tipo de obligación que contraía el médico, bien de medios o de resultado. Como dice NÚÑEZ PAZ¹¹⁴, en este sentido, “*Esta cuestión trasciende el interés de una investigación exclusivamente romanística ya que está ahí el germen de la tan debatida cuestión en la civilística moderna de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*”. Por tanto, los autores jurídicos han encasillado la relación médico-paciente en el derecho romano, a través de tres figuras contractuales bajo los siguientes fundamentos:

a) El contrato de mandato: la doctrina se mantiene dividida sobre la atribución del contrato de mandato a la relación entre médico y paciente en el derecho romano. Tomando como base la única referencia escrita al médico como mandatario en el Digesto¹¹⁵, NÚÑEZ PAZ, mantiene la inviabilidad

de calificar dicha relación de mandato, pues en realidad, dicho texto, habla del médico como mandatario de forma indirecta, no pudiendo considerarse, con base en esta fuente, que por medio de la acción del mandato se pueden hacer valer los honorarios del médico, tratándose de una interpretación forzada del texto romano, con el fin de justificar la especial relación de amistad entre el médico y el enfermo que no podía estar sujeta a una prestación de servicios convencional. Además de no cumplirse una de las características del mandato, que es su carácter ocasional, pues la medicina profesional exige el ejercicio de una actividad con carácter permanente¹¹⁶. Por otro lado, parte de la doctrina civilista y romanista¹¹⁷, atribuyen el origen de la calificación del contrato entre médico y paciente como mandato, a la tradición del derecho romano, donde consideraban que la profesión médica era un arte liberal y que, por tanto, no podía ser objeto de un contrato de trabajo, más propio de las profesiones serviles, debiendo aplicarle un régimen jurídico distinto. Sin embargo, al ser la gratuidad una de las características del mandato, la necesidad de retribución se salvaba mediante la figura del *honorarium*, o premio al honor como recompensa al médico, que tendría derecho a reclamar dichos honorarios mediante una acción *in factum*, pero no mediante la *actio mandati*, debido al carácter gratuito del mandato.

sua aedificia pretiosora facisset, quod amplius impendisset, posse eum mandato indicio persequi.”.

Trad: “Si alguien me hubiera mandado hacer algo en lo mío, y yo lo hubiere hecho, se preguntó, si habrá la acción de mandato. Y dice Celso en el Libro Séptimo del Digesto, que esto respondió él, como se dijese que Aurelio Quieto mandó a un médico, huésped suyo, que en los huertos de éste que tenía en Rabean, a los cuales solía retirarse todos los años, hiciera a su propia costa un juego de pelota, y estufas, y algunas otras cosas a propósito para la salud del mismo. Así, pues, deducido aquello en que hubiese hecho de más valor sus propios edificios, podía reclamar él por la acción de mandato lo que de más hubiese gastado.”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L. *Cuerpo del Derecho Civil...*, op.cit. pág. 852.

116 Vid., NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., págs. 96 a 98.

117 Vid., ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos...*, op.cit., págs. 129 a 131, DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones...*, op.cit., págs. 340 y 341, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato de servicios médicos*, Madrid, 1988, págs. 35 a 37, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de Responsabilidad...*, op.cit., pág. 38, GITRAMA, M., “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en *Estudios Homenaje al Profesor Ignacio Serrano Serrano*, Tomo I, Valladolid, 1965, págs. 345 y ss., LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil...*, op.cit., págs. 117 y 118, y YUNGANO A.R. y otros, *Responsabilidad Profesional de los médicos. Cuestiones Civiles, Penales médico-legales y deontológicas*, 2ª Ed., Buenos Aires, 1982, pág. 29. Tesis inicialmente planteada por POTHIER, J., *Traité du mandat*, Paris, 1821, pág. 96.

113 Es obra de referencia, NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit.

114 NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., pág. 91.

115 Digesto, 17, 1, 16: “*Si quis mihi mandaverit, in meo aliquid facere, et fecero, quaesitum est, an sit mandato actio. Et ait Celsus libro septimo Digestorum, hoc respondisse se, quum Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, ut in hortis eius, quos Ravennae habebat, in quos omnibus annis secedere solebat, sphaeristerium, et hypocausta et quaedam ipsius valetudini apta sua impensa faceret. Reducto igitur, quanto*

En todo caso, con respecto a las prácticas plásticas-estéticas, se deduce la inaplicabilidad de esta figura, pues el ejercicio de la medicina entendida como arte liberal, correspondía únicamente a médicos de clase social alta, y en cuya práctica no se contemplaban los trabajos manuales, como la curación de heridas o llagas, o la reposición de partes del cuerpo amputadas.

b) El contrato de arrendamiento de obra: en virtud de la *locatio conductio operis*, el *conductor* debía procurar la salud al enfermo, es decir, debía obtener un determinado resultado en función de sus conocimientos especializados, y no existía una relación de dependencia entre el médico y el paciente, al que éste último pagaba las *merces*, cuando la obra estuviese terminada. Cuestión que resultaba muy compleja cuando el objeto del contrato era la salud del enfermo, de esta forma, la conformidad con lo inicialmente acordado, planteaba problemas a los juristas romanos¹¹⁸.

Según NÚÑEZ PAZ¹¹⁹, la referencia a la obtención de un resultado en el ámbito de las prestaciones médicas, puede apreciarse en los siguientes textos del Digesto:

*“Ex hac lege iam non dubitatur agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quas esse inutilis factus”*¹²⁰

En este texto, se cita la curación de un hombre libre como un resultado final y no como un tratamiento, lo que sirve a la autora para calificarlo como arrendamiento de obra y por tanto, obligación de resultado. Respecto del siguiente texto, también efectúa la misma interpretación:

“Cum liberi homini corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudez

118 *Vid.*, NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, *op.cit.*, págs. 90 a 94.

119 *Ibidem*, págs. 92 y 93

120 Digesto 9,1,3, Trad: “Ya no se duda que por esta ley puede reclamarse también por personas libres, por ejemplo, si el cuadrúpedo hubiere causado daño a un padre de familia, o a un hijo de familia; por supuesto, no para que se tenga cuenta de la deformidad, por que un cuerpo libre no admite estimación, sino de los gastos hechos en la cura y del trabajo perdido y del que hubiera de perder cualquiera que hubiese quedado inutilizado”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 570.

*computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia quae in curatione facta sunt praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio”*¹²¹

En este caso, se regula la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados, entre los que se encuentran los gastos por los servicios del médico, la curación de un hombre libre que, al igual que en el caso anterior, se interpreta como un resultado final. Sin embargo, coincidimos con DE ANGEL YAGÜEZ¹²², que no encuentra en estos textos cabida a la interpretación de que la obligación del médico era de resultado, en el sentido en que curar debe interpretarse como la actividad encaminada a la curación, cuestión distinta se trataría del derecho a la retribución por no haber cumplido con el *opus*, no haber realizado la obra en sí misma considerada.

121 Digesto 9,3,7, Trad: “Cuando con lo que se hubiere arrojado o derramado hubiese sido lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios pagados al médico y los demás gastos, que se hicieron en la curación; y además el importe del trabajo, de que estuvo privado, o de que haya de estar privado por que quedó inútil. Más no se hace estimación alguna de las cicatrices, o de una deformidad, por que el cuerpo de un hombre libre no admite estimación alguna”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 596.

Además, la autora entiende que fue aplicable a este ámbito, y teniendo en cuenta la dificultad que suponía dar cumplimiento a un contrato cuando el objeto del mismo era la curación de un enfermo, el contenido del Digesto 19.2.24 en que el médico acudía a la cláusula de la buena fe, en virtud de la cual, se podía pactar la aprobación de la obra al arbitrio del arrendador o de un tercero, resultando nula la aprobación hecha con dolo del arrendatario para que pudiera ejercitarse la acción de locación. Digesto.19,2,24: “Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus approbetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idem-que servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit; nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit, dique arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempos, quod lege finitum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.”

Trad: “Si en un pacto de la locación se hubiere expresado, que se apruebe la obra a arbitrio del dueño, se considera lo mismo que si se hubiere expresado a arbitrio de buen varón. Y lo mismo se observa si se hubiere consignado el arbitrio de otro cualquiera; porque exige la buena fe, que se dé tal arbitraje, cual conviene a un buen varón, y este arbitraje se refleje a la calidad de la obra, no a la prórroga del tiempo, que se haya limitado en un pacto, si esto mismo no se hubiera comprendido en el contrato. A lo cual es consiguiente, que sea nula la aprobación hecha con dolo del arrendatario, para que pueda ejercitarse la acción de locación.”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano...*, *op.cit.*, pág. 959.

122 DE ANGEL YAGÜEZ, R., “El resultado en la obligación del médico. ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?”, en AA.VV., LLAMAS POMBO, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I, Madrid, 2006, págs. 430 a 440.

Por tanto, sobre determinadas actividades médicas, de las que los textos, en este caso, tampoco especifican más que a través de los términos *cura* o *curación*, se advierte una obligación de medios por parte del médico a cambio del pago de las *merces*. No en vano, la actividad de la cirugía, que por ser considerada como una actividad manual gozaba de menor prestigio que la medicina, el tipo de obligación del *chirurgi* o *vulnerarius*, siempre se configurará como de resultado y por tanto, dentro de la *locatio operis*. Opinión que comparte NÚÑEZ PAZ, en cuanto a encajar la realización de determinadas intervenciones quirúrgicas dentro de la *locatio operis*¹²³.

c) El contrato de arrendamiento de servicios: el tercer tipo contractual por el que podía regirse la relación entre el médico y el paciente era la *locatio conductio operarum*. La característica principal que permite clasificar una relación entre médico y paciente conforme a este tipo de contrato, es la existencia de relación de dependencia entre arrendador y arrendatario, por ejemplo entre un patrono y un liberto, que a cambio de las *merces*, le presta sus servicios. Nos encontramos ante una obligación de medios, en la que se exige la prestación de un tratamiento médico en el patrono o en quienes él requiera. En este caso, la efectividad de las *merces*, podrá ejercitarse mediante la *actio in factum*, la acción por el hecho.

NÚÑEZ PAZ, califica la relación entre médico y paciente como de arrendamiento de servicios, al ser el objeto de contrato entre patrono y liberto, un tratamiento médico, más que una curación concreta, por los siguientes textos del Digesto¹²⁴:

“Item plerumque medici servos eiusdem artir libertos perducunt, quorum operis perpetuo uti non aliter possunt quam ut teas locent ea et in ceteris artificibus dici possunt.

Sed qui operis liberti sui uti potest, et locando pretium earum consequi mallet, is existimandus est mercedem ex operis liberti sui capere.

*Nonnunquam autem ipsis libertis postulantis patroni operas locant, quo facto pretiu, magis operarum, quam mercedem capere existimandi sunt”*¹²⁵

123 NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, *op.cit.*, pág. 93.

124 NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, *op.cit.*, págs. 94 y 95.

125 Digesto 38,1,25,2,3 y 4. Trad: “Asimismo, las más de las veces los médicos hacen libertos a esclavos de la misma

En dichos textos, no consta expresamente la palabra *cura* o *curación*, sino, *servicio*. Además de regularse una relación totalmente diferente: el patrono que da en arriendo a sus libertos médicos, constituyendo de por sí, esta relación, el arrendamiento de servicio, independientemente de que se trate de un servicio médico.

De forma complementaria, se ha interpretado¹²⁶ una obligación de medios, la del proceso de tratamiento del enfermo, por lo dispuesto en el siguiente texto:

*“Ideo nec sumptum medicamentorum medicus libertus recte petet, quem ut patromam eiusque familiam curaret, acceptabat”*¹²⁷

Sin embargo, aquí se cita nuevamente la cura o curación -“curase”-, que en otras disposiciones del Digesto ha sido interpretado como una obligación de resultado, lo que da lugar a la confusión sobre la calificación del contrato en función del uso de dicho término.

3.3.3. La responsabilidad del médico en la *Lex Aquilia*

Se ha analizado en un epígrafe anterior, que la responsabilidad en el derecho romano careció de la delimitación entre contractual y extracontractual, aspecto que tiene su reflejo en los supuestos de responsabilidad médica regulados en el texto de la *Lex Aquilia*, en el Libro IX, del Título II, números 7, 8 y 9 del Digesto. A través de los textos más destacables de dicho cuerpo legal, se desgranaron los diversos elementos que configuran la responsabilidad médica en el derecho romano, y las distintas acciones procesales que podían ejercitarse, que variaban en función de la condición social del médico y del paciente.

profesión, cuyos servicios no pueden utilizar continuamente sino dándolos en arrendamiento. Lo mismo se puede decir también respecto a los demás que ejercen un arte.

Más el que puede utilizar los servicios de su liberto, y preferiese obtener su precio dándolos en arrendamiento, ha de ser considerado que percibe retribución por los trabajos de su liberto.

Pero a veces los patronos dan en arrendamiento los servicios a petición de los mismos libertos, y habiéndose hecho esto se ha de estimar que percibe más bien el precio de los servicios, que retribución.” GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 74 y 75.

126 NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, *op.cit.*, pág. 95.

127 Digesto. 33,1, 10, 3, Trad: “Y por consiguiente, el liberto médico no pedirá con derecho el importe de medicamentos, que percibía para que curase a la patrona y a la familia de ésta”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 597.

a) *La Imperitia*

“*Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem*”¹²⁸.

La falta de capacidad o de conocimientos necesarios para practicar la medicina, *la imperitia*, se considera un comportamiento culposo, que determina la responsabilidad del médico, ante el resultado de muerte de un esclavo al practicarle una operación. Dicha responsabilidad puede reclamarse a través de la vía de la acción aquiliana o de la acción de arrendamiento. La diferencia entre el ejercicio de una u otra acción, radica, en primer lugar, en el diferente carácter de las acciones, sancionatoria y resarcitoria, o puramente resarcitoria en cuanto al impago de las *merces* u honorarios, respectivamente. Es decir, se obtendrá un resultado diferente en función de la acción que pueda ejercitarse, ya que por ejemplo, por la acción aquiliana, se contempla la pena consistente en el máximo valor que la cosa haya alcanzado en los treinta días anteriores al delito, cuando, sin causar la muerte, se produzcan lesiones en animales o esclavos. Mientras que a través de la acción de arrendamiento, se plantea, por ejemplo, la idoneidad en el cumplimiento del contrato y el correlativo pago o impago del precio convenido. NÚÑEZ PAZ, resume la situación con las siguientes palabras: “*La relación médico-paciente se desarrolla ampliamente en los textos romanos (...). El encuadrar dicha relación en el ámbito contractual, por ejemplo de la locatio conductio o en el más estricto de la Lex Aquilia tiene sus consecuencias ya que el amplio margen que tiene el juez en el primer supuesto difiere del criterio objetivo del más alto valor de la cosa que se imputa al autor del comportamiento tipificado en la Lex Aquilia.*”¹²⁹.

La doctrina¹³⁰, se ha preguntado y discutido sobre la posibilidad del ejercicio de ambas acciones de forma acumulativa, o su carácter excluyente, debiendo optar por una u otra en función de la condición del

128 Digesto 9,2,7,8. Trad: “*Dice Próculo, que si con impericia hubiese operado el médico a un esclavo, compete o la acción de arrendamiento o la de la Ley Aquilia.*”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, op.cit., pág. 573.

129 NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., pág. 90.

130 Vid., DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil...*, op.cit. pág. 30, LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico...*, op.cit., pág. 11, MARTÍNEZ PEREDA, J.M., *La cirugía estética...*, op.cit., pág. 238 y NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., págs. 111 a 113.

paciente y del médico. En este sentido, se han barajado las siguientes posibilidades:

- Si el paciente es un esclavo, deberá ejercerse la acción aquiliana y si se trata de un hombre libre, procederá la *actio ex locato*.
- Por otro lado, se plantea la posibilidad de que el ejercicio de una u otra acción dependa de la condición del médico, en el sentido en que si el médico es un hombre libre sólo cabe la acción aquiliana, y en el caso de que el que ejerza sea un liberto o un esclavo debe acudir a la acción de arrendamiento, por tanto, ante esta tesis, se trataría de acciones excluyentes.
- Otra postura, plantea que ambas acciones pueden ejercitarse indistintamente, ya que del texto del Digesto, se desprende la existencia de un vínculo contractual, no se especifica la condición del médico y si la del paciente, que es un esclavo, y los hombres libres también arrendaban sus servicios.

En opinión de DE LA QUINTANA FERGUSON, hay una evolución temporal, y entiende que primitivamente la acción de la *Lex Aquilia* era ejercitable frente a los médicos cuando el paciente era un esclavo, ya que, en virtud de dicha ley, el dueño debía exigir la reparación de todo daño inferido en su propiedad. En el caso en que el paciente fuese un hombre libre, podía ejercitar la *ex locato*, siempre que el médico fuera de clase baja, que eran los que podían arrendar sus servicios. En una etapa posterior, ambas acciones fueron concebidas indistintamente, sin tener en cuenta la condición jurídica del paciente o la del médico¹³¹.

Cabe recordar que la actividad quirúrgica, por ser considerada como una actividad manual, propia de *artífices*, era más común que fuese practicada por hombres de clase baja, y sus pacientes solían ser también de clase baja e incluso, en muchos casos esclavos, gladiadores, etc..., lo que conlleva a plantear que en dicho caso, sería más común el ejercicio de la *Lex Aquilia*.

b) *La relación causal*

El Digesto, ofrece diversos textos sobre la responsabilidad del médico, en que se puede apreciar

131 DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil...*, op.cit., pág. 30.

la valoración de la relación causal entre el daño y la conducta del médico, como criterio de imputación de responsabilidad:

*“Sicut medico imputari eventos mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commissit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet”*¹³².

La muerte del enfermo debe ser causa de la impericia o culpa del médico para que a éste se le impute dicha muerte. Se aprecia una obligación de medios, en el sentido en que la muerte no es considerada un resultado del actuar del médico, en ausencia del nexo causal.

Para NÚÑEZ PAZ, la relación de causalidad se observa perfectamente en un texto del Digesto, que plantea la muerte de un esclavo a consecuencia de las heridas debidas a golpes, conducta tipificada en la *Lex Aquilia*. En este caso, la muerte no se produce a causa de la *imperitia* del médico o la ignorancia del dueño, sino de dichos golpes. De lo contrario, si hubiere mediado la *inscientia*, o desconocimiento de la medicina por el médico, se hubiera roto la relación causal entre los golpes y el resultado de la muerte, procediendo la responsabilidad médica¹³³.

c) La *imperitia* por omisión. El abandono del postoperatorio

En relación a la responsabilidad por omisión en el derecho romano, uno de los escasos supuestos en que se contemplaba, era el abandono por el médico del postoperatorio. Por tanto, se introduce un nuevo elemento en la relación causal y un nuevo criterio de culpabilidad o *imperitia*, que es la omisión del comportamiento debido por el médico:

*“Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene sequerit et obreliquit curationem”*¹³⁴.

132 Digesto, 1, 18, 6, 7, Trad: “Así como no se debe imputar al médico el evento de la muerte, se le debe imputar lo que ha cometido por impericia.”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, op.cit., pág. 523.

133 NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., págs. 113 y 114.

134 Digesto, 9, 2, 8, Trad: “El mismo derecho hay si malamente hubiere usado un medicamento. Pero el que hubiere hecho bien la operación quirúrgica, y hubiere abandonado la curación, tampoco estará seguro sino que se entiende que es reo de culpa.”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del*

En estos dos supuestos, se trata de obligaciones de medios, en que subyace el elemento de la culpa en la atribución de responsabilidad, por la omisión del deber de diligencia en el tratamiento postoperatorio.

En el siguiente texto, se completa dicho criterio a través del establecimiento de la relación causal como elemento indispensable para la imputación de responsabilidad, en que la muerte del esclavo debe ser causa de dicha omisión de vigilancia del postoperatorio o del suministro erróneo de un medicamento:

“Praeterea si medicus, qui servum tuum securit, deleriquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpa reus est.

*Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentarum dederit ».*¹³⁵

3.3.4. La responsabilidad penal del médico por las lesiones a un hombre libre

La conducta médica también recibía respuesta por parte de lo que podría equivaler al derecho penal romano. Algunos autores¹³⁶, matizan este extremo con base en el siguiente texto de Plinio:

*“Nulla praeter lex quae puniat inscitian capitales, discut periculis nostris et experimenta per mortes agunt; medicoque tantum hominem accidis impunitas summa est”*¹³⁷.

Texto que, según LLAMAS POMBO, se refiere únicamente al supuesto de médicos de clase social

Derecho Civil Romano..., op.cit., pág. 573

135 Instituciones, 4, 3, 6 y 7, Trad: “Además si el médico que operó a tu esclavo, hubiere abandonado su curación, y por esta causa hubiere muerto tu esclavo, es reo de culpa. La impericia se cuenta también como culpa, por ejemplo si un médico hubiere muerto a tu esclavo precisamente por que lo hubiere operado mal, o le hubiere dado inconvenientemente un medicamento.”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, op.cit., pág. 180.

136 Vid., NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., pág. 125. En la misma línea de opinión, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética...*, op.cit., pág. 238.

137 PLINIO, *Secunda Historia Mundi*, Libro XXIX.I. Trad: “No existe ley alguna que castigue la ignorancia criminal, ni ejemplo alguno de castigo. Los médicos aprenden a costa de los riesgos que corremos y hacen sus experimentos a base de muertes. El médico es el único que tiene completa impunidad para matar a un hombre”.

alta que no estaban vinculados por contrato alguno, y la relación era considerada de mandato, por tanto, cuando el paciente era hombre libre, ni tenía cabida la acción de la *locatio conductio*, ni la de la *lex aquilia*, dando respuesta en este párrafo a la dificultad de exigencia de responsabilidad ante el ejercicio de la medicina considerada como *ars liberalis*¹³⁸.

A pesar de este texto, los delitos cometidos por los médicos fueron contemplados en Roma. El médico respondía penalmente cuando, como consecuencia de su actuación dolosa o culposa causara la muerte o lesiones a un hombre libre. La gravedad de la pena dependerá de circunstancias como el estatuto del médico o la actuación concreta, como se observa en los siguientes textos:

*“Eiusdem legis poena afficitur, qui in publicum mala medicamenta vendiderit, vel hominis necandi causa habuerit”*¹³⁹.

*“Nemo enim liberum servumve invitum sinentemve castrare debet; neve quis se sponte castrandum praeberere debet. At si quis adversus Edictum meum fecerit, medico quidem, qui exciderit, capitale erit, item ipsi, qui se sponte excidendum praeibuit”*¹⁴⁰

*“Legis Corneliae de sicariis et veneficis poena insulae deportatio est, et omnium bonorum ademptio; sed solent odie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legit sustineant; humiliores enim solent vel bestiis subici, altiores vero deportantur in insulam”*¹⁴¹.

138 LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico...*, op.cit., pág. 11.

139 Digesto. 48, 8, 1, Trad.: “Con la pena de la misma ley es castigado el que en público hubiere vendido malos medicamentos o los tuviere para matar a un hombre”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, ob.cit., pág. 754.

140 Digesto. 48, 8, 4, 2, Trad.: “Porque nadie debe castrar a un hombre libre o a un esclavo, contra la voluntad de éste o consintiéndolo él; ni ninguno debe prestarse espontáneamente a ser castrado. Más si alguno hubiere obrado contra mi Edicto, habrá ciertamente pena capital para el médico, que hubiere hecho la castración, y también para el mismo que espontáneamente se prestó a ser castrado”, Íbidem, pág. 754.

141 Digesto. 48, 8, 3, 5 Trad.: “La pena de la Ley Cornelia sobre los sicarios y los envenenadores es la deportación a una isla y la privación de todos los bienes; pero hoy suelen ser condenados a muerte, a no ser que estuvieren constituidos en honrosa posición, para sufrir la pena de la ley; porque los de clase más humilde suelen ser echados a las fieras, y los de más alta posición son deportados a una isla”, GARCÍA DEL CORRAL, L.I.L., *Cuerpo del Derecho Civil...*, ob.cit., pág. 754.

En relación con la temática concreta de las intervenciones quirúrgicas, es importante destacar la aparición, a partir del siglo VI d.C., de la figura del consentimiento del enfermo previo a la operación, que implicaba la exención de responsabilidad del médico ante el acaecimiento de la muerte del paciente¹⁴², excepto ante los supuestos de castración o circuncisión, tal como se extrae de los textos anteriores.

3.3.5. Conclusiones aplicables en relación a la responsabilidad en cirugía

De lo dicho hasta el momento, se puede extraer la idea de la diferente consideración que separa Roma de la actualidad respecto de la actuación del médico. En primer lugar, la división entre conocimientos teóricos y actividad práctica, ésta última considerada como un trabajo de las clases sociales menos privilegiadas, entre las que se incluían prácticas quirúrgicas, como curación de heridas, o reposiciones o amputaciones de partes del cuerpo.

Con base en dicha realidad social, las normas que regulaban las obligaciones entre médico y paciente permiten extraer las siguientes conclusiones:

- La relación contractual se regiría conforme a la *locatio conductio operis*, que implica una obligación de resultado, precisamente por la propia naturaleza de la especialidad médica, y porque los médicos de clase inferior ejercían su actividad a cambio de las *merces*, o retribución, salvo que dicha actividad fuere practicada por un liberto a su patrono o a quien aquel requiriese, en cuyo caso la relación contractual era enmarcada en la *locatio conductio operarum*.
- La responsabilidad vendrá determinada por la concurrencia de culpa; pudiendo darse distintos resultados en función de la posibilidad de ejercer la acción de la *Lex Aquilia*, o la de arrendamiento. La regulación de determinados supuestos relativos la mayoría a operaciones, bajo un régimen de responsabilidad por el resultado, en relación con la figura de los *vulnerarium* y los *chirurgi*, determina el carácter mixto del sistema de responsabilidad médica.
- En cuanto a la aplicación de la ley penal, debe destacarse la atenuación de las penas en virtud del consentimiento previo otorgado por el paciente a una intervención quirúrgica.

142 Vid., NÚÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos...*, op.cit., pág. 127.

- Finalmente, se tiene la certeza de que existían supuestos de exención de responsabilidad para los médicos pertenecientes a las clases altas. En el ámbito de la cirugía plástica, teniendo presente que estas prácticas solían estar encomendadas a médicos de clases inferiores, que incluso ni eran considerados como tales, ha de descartarse la posibilidad de ausencia de exigencia de responsabilidad.

3.4. La responsabilidad del médico y del cirujano en la España de la Edad Media

A principios del siglo XIV, si bien se mantenían las diferencias de consideración social entre la medicina y la cirugía, como en la época de Roma, quienes practicaban la cirugía comenzaban a reivindicar la excelencia de su actividad realizada con las manos. De esta forma, comienza un cambio en la concepción de la actividad quirúrgica, integrando este oficio manual con la actividad intelectual, facetas que hasta el momento se encontraban separadas. Por tanto, entre los distintos tipos de sanadores que existían, principalmente, médicos, boticarios, cirujanos y barberos, en el mundo médico comienza a hacerse patente el ascenso social de éstos últimos, y a integrarse en la red asistencial los primeros médicos universitarios, junto a los no universitarios, tanto cristianos como judíos o mudéjares¹⁴³.

Este sistema abierto del ejercicio de la medicina, que incluía tanto universitarios como no universitarios, de distintas religiones y con distintas especialidades, era permitido bajo férreos controles administrativos basados en la autorización de la idoneidad de los sanadores. Por tanto, asistimos al control de la práctica médica, como primer medio preventivo del intrusismo y, en consecuencia, de los perjuicios en la salud a que conllevaba el mismo. Dicho control, se realizaba mediante un examen al que debía someterse todo el que quisiera ejercer la medicina y cuya superación suponía el otorgamiento de la *carta testimonial* que acreditaba la concesión de licencia para practicar dicha actividad¹⁴⁴.

El *Fuero Real* de 1255 del Rey Alfonso X, regula por primera vez la ordenación de la actividad médica en España, elevando a norma legal lo que hasta el momento venía siendo un control administrativo

municipal habitual, al haberse convertido en un objetivo de la gestión política, la salud de los ciudadanos¹⁴⁵. Ello, independientemente de la regulación de la responsabilidad médica contenida en *Las Partidas*, promulgada tres años antes. A este respecto, puede verse la preocupación que suponía los daños acaecidos en los ciudadanos, fruto del intrusismo, y la necesidad de dar solución al problema, tal y como formuló un consejero anónimo de los Reyes Católicos con el siguiente tenor literal:

*“Las cosas en que sus Altezas an de mandar proveer que tocan cerca los físycos y boticarios de sus reynos para que en lo uno y en lo otro se eviten muchas faltas y errores por donde muchos basallos de sus reynos perecen”*¹⁴⁶.

El texto del *Fuero Real*, que regulaba dicho control, establecía:

*“Ningún omne non obre de física si non fuere enante prouado por buen físico por los otros buenos físicos de la uilla o ouiere de obrar, et por otorgamiento de los alcaldes. E sobreseo aya carta testimonial del conceio. Et esto mismo sea de los maestros de llagas. Et ninguno dellos non sea osado de tair nin de fender nin de sacar huesos nin de quemar nin de melezinar en ninguna guisa, nin de facer sangrar a ninguna mugier sin mandato de su marido o de su padre o de su madre o de su hermano o de fiio o dotro pariente propincuo. Et si alguno lo fiziere, peche X morabedis al marido, si la mugier fuere casada, e si non, al más propincuo pariente que ouiere. Et si alguno obrare ante que fuer prouado e otorgado assí como sobredicho es, peche CCC sueldos al rey. E si matare o lisiare omne o mugier. El cuerpo e lo que ouiere a merced del rey si fiio non ouiere; et si fiios ouiere, hereden sus fiios el ayer, e el cuerpo sea a merced del rey”*¹⁴⁷

145 GARCÍA BALLESTER, L., *La búsqueda de la salud...*, op.cit., págs. 505 y 506.

146 *Ibidem*, pág. 529.

147 FUERO REAL, Libro IV, Título 16, Ley 1ª. *De los físicos e de los maestros de llagas. Leyes de Alfonso X. Fuero Real*. Ed. Real Academia de la Historia, Madrid, 1979, pág. 146. Trad: “Ningún hombre puede obrar conocido como médico, si no ha sido aprobado como tal por los otros buenos médicos de la villa y por otorgamiento de los alcaldes; y sobre esto tenga carta testimonial del ayuntamiento; y esto mismo es para los maestros de llagas (cirujanos); y ninguno de ellos pueden cortar, quemar ni sacar huesos, ni dar medicina, ni hacer sangrar a ninguna mujer, sin mandato del marido o de su padre, o de su madre, o de su hermano, o de otro pariente próximo; y si alguno lo hiciere, pague diez maravedís al marido si la mujer

143 *Vid.*, GARCÍA BALLESTER, L., *La búsqueda de la salud, sanadores y enfermos en la España medieval*, Barcelona, 2001, págs. 57 y 66.

144 *Ibidem*, pág. 499 y ss.

Del análisis del texto, se aprecia la distinción entre *físicos*, que se corresponde con la figura del médico, y *maestros de llagas* o cirujanos, especificando las funciones en cada caso, y correspondiendo a éstos últimos las siguientes: cortar (*taiar, fender*), cauterizar heridas (*quemar*), tratar y componer fracturas (*sacar huesos*), administrar remedios (*melezinar*), y prescribir y realizar sangrías (*fazer sangrar*). Se establece la prohibición de ejercer a los *físicos* y *maestros de llagas* que no hubieren sido considerados aptos previamente, junto al procedimiento mediante el que se obtiene dicha autorización. En cuanto al sistema de responsabilidad establecido, se mezclan en el mismo precepto, la sanción pecuniaria administrativa, consistente en trescientos sueldos, con la indemnización a la víctima, cuantificada en diez maravedíes, junto a la pena corporal, consistente en la puesta a disposición del propio cuerpo del sanador a merced del rey, si no quedaren herederos al muerto o lisiado por causa de la actividad del médico o cirujano, o a disposición de los herederos si los hubiere. Es destacable la presencia del consentimiento previo por el marido o pariente a la intervención a una mujer, siendo objeto de indemnización la práctica sin dicho consentimiento. Para GARCÍA BALLESTER, resulta llamativo el dato referente a la ausencia de alusión a los recientes médicos universitarios, así como a las mujeres sanadoras o a la religión de los sanadores cuando éstos pertenecían indistintamente a cualquiera de las tres practicadas en los territorios de la Corona de Castilla¹⁴⁸.

Más ejemplos de la responsabilidad de los médicos en la misma línea anterior, lo constituyen los siguientes textos: primero en el *Fuero Juzgo*, en cuya Ley VI, del Título I, del Libro XI, establecía:

“Si algún físico sangrare algún home libre, si enflaqueciere con sangría, el físico debe pechar C. e L. sueldos. E si muriere metan el físico en poder de los parientes que hagan del lo que quisieren. E si el siervo enflaqueciere, e muriere por sangría, entregare otro tal siervo a su señor.”

fuese casada, sino al pariente más próximo que tuviere; y si alguno obrare antes de ser examinado debe pagar trescientos sueldos al rey, y si mata o deja inútil a hombre o mujer, póngase su cuerpo a merced del rey, si no hubiese herederos, y si los hubiere, hereden los hijos el haber y póngase el cuerpo a merced del rey”.

148 GARCÍA BALLESTER, L., *La búsqueda de la salud...*, *op.cit.*, págs. 507 y 508. El autor se limita a plasmar tal aclaración sin plantear conclusión alguna, como por ejemplo, el hecho de que la ausencia de cita a la religión de los médicos, cristiana, judía o mudéjar, pudiese implicar la aplicación por igual de la norma a cualquiera de ellos. Lo que no ocurría con las mujeres sanadoras, pues al principio de la norma ya se hace mención expresa a los sanadores varones “ningún omne”.

La exigencia de un resultado, con el establecimiento de la pérdida de honorarios si aquél fuere desfavorable, puede apreciarse en el siguiente texto del *Fuero Real*:

*“Si algún físico o maestro de llagas tomare a alguno en guarda por pleyto que lo sane, é si ante que sea sano de aquella enfermedad muriere, no pueda demandar el precio que había tajado: y esto mesmo sea si puso de sanarlo á plazo señalado, é no lo sanó.”*¹⁴⁹.

La evolución paulatina hacia un sistema de responsabilidad por culpa, se estima en el ámbito de la responsabilidad de los sanadores, en *Las Partidas*. En este sentido, la Ley VI, del Título VIII, de la Séptima Partida, dispone:

*“Métense algunos homes por mas sabidores que non son en física et en cirugía: et acaesce á las vegadas que porque non son tan sabidores como fazen muestra, mueren algunos homes enfermos o llagados por culpa dellos. Et por ende decimos que si algúnt físico diese tan fuerte melecina, o la que non debía a algúnt home o muger que tuviese en guardia, por que muriese el enfermo, o si algúnd cirujano fendiese algúnt llagado, o le aserrase en la cabeza, o le quemase nervios, o huesos de manera que muriese por ende, o si algúnt home o muger diese yervas, o melcina a otra muger por que se empreñase, et muriese por ello, que cada uno de los que tal yerro ficiesen debe ser desterrado en alguna isla por cinco años, porque fue en grant culpa trabajándose de lo que non sabía tan ciertamente como era menester; et de cómo facía muestra, e demás debel seer defendido que non se trabaje deste menester. Et si por aventura el que muriese por culpa del físico, o del cirurgiano fuese siervo, debelo pechar a su señor segúnt albedrío de homes buenos. Pero si alguno de los físicos o de los cirurgianos a sabiendas maliciosamente fiesese alguno de los yerros sobredichos debe morir por ende. Otrosí decimos que los boticarios que dan a los homes a comer o a beber escamonea, o otra melecina fuerte, sin mandamiento de los físicos, si alguno bebiéndola muriese por ello, debe haber el que la diese pena de homecida en la manera que diximos de los físicos et cirurgianos.”*¹⁵⁰.

149 FUERO REAL, Libro IV, Título 16, Ley 2ª, *op.cit.*, p.146.

150 *Las Siete Partidas...*, *op.cit.*, pág. 568 y 569. Ley VI, Título VIII, 7ª Partida, Trad.: “Se meten algunos hombres por

Se establecía la pena del destierro de cinco años a aquellos médicos o cirujanos que como resultado de su actuación médica falleciese el enfermo. Se hace mención expresa a la culpa, en cuanto al intrusismo o la impericia, es decir, aquellos que se hacen pasar por médicos o cirujanos sin tener los conocimientos para ello, y aquellos que creen tener dichos conocimientos y no los tienen. También se distingue la figura del dolo, que equivale al término a *sabiendas*, estableciendo la pena de muerte para el médico o cirujano, y del mismo modo se establece para el boticario.

Si bien en este texto no se cita expresamente el concepto de *daño*, éste si es delimitado en *Las Partidas*¹⁵¹, como el empeoramiento, menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Por tanto, se contempla el daño al cuerpo de la persona, como la lesión o la muerte. Y en este sentido, se regula más adelante la responsabilidad del *físico* o *cirujano*, por los daños ocasionados en el ejercicio de su actividad a siervos y a libres, concretamente por el abandono del paciente una vez comenzado el tratamiento¹⁵², pudiéndose apreciar por tanto, la valoración de la existencia del nexo causal al tiempo de delimitar la responsabilidad.

Pasando al tema de la contractualidad entre médico y paciente, para ALVAREZ CORA¹⁵³, esta rela-

ción se encontraría regulada por un contrato de locación de obra o servicio, según se extrae de la Quinta Partida, Título VIII, Ley X, que dice:

*“Quieren se los omes a las vegadas mostrar sabidores, de cosas, que lo non son, de manera que se siguen daños a los que los non conscen, e los creen, e porende dezimos, que si algun orebze, recibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla en sortija, o en otra cosa por precio cierto, e la quebrantasse engastonandola, por non ser sabidor de lo fazer, o por otra su culpa, que deue pechar la estimacion della, a bien vista de omes buenos, e conocedores destas cosas. Pero si el pudiere mostrar ciertamente, que non auino por su culpa, e que era sabidor de aquel menester, segun lo eran los demas omes que vsan del comunamente, e que el daño de la piedra, acaeciò por alguna tacha, que auia en ella, assi como algun pelo, o alguna señal de quebradura que era en la piedra, estonce, non seria tenuto de la pechar. Fueras ende, si quando la rescibo, para engastonar, fizo tal pleyto con el señor della. E esto que diximos de los orebzes, se entiende tambien de los otros maestros, e de los físicos, de los cirujanos, e de los albéitares, e de todos los otros que reciben precio, para fazer alguna obra, o melezinar alguna cosa, si errare en ella por su culpa o por mengua del saber”*¹⁵⁴.

Del texto, se deduce la existencia de un contrato de arrendamiento de obra, con la consiguiente obligación de proporcionar un determinado resultado “*e de todos los otros que reciben precio, para fazer alguna obra*”. Si bien, es de aplicación a los *físicos* y *cirujanos*, las reglas de cumplimiento del contrato y responsabilidad establecidas para los orfebres, se aprecia de nuevo el castigo del intrusismo, así como la concurrencia de culpa para la exigencia de

más sabios que no son en física y en cirugía y acaece a veces que por que no son tan sabios como hacen muestra, mueren algunos hombres enfermos o llagados por culpa de ellos. Y por ello decimos que si algún físico diese tan fuerte medicina o la que no debía a algún hombre o a alguna mujer que tuviese en guarda, por la que muriese el enfermo; o si algún hombre o mujer diese hierbas o medicina a otra mujer porque se empreñase, y muriese por ello; que cada uno de los que tal yerro hiciesen debe ser desterrado en alguna isla por cinco años, porque fue en muy gran culpa. Otrosí decimos que los boticarios que dan a los hombres a comer o a beber escamonda u otra medicina fuerte sin mandamiento de los médicos, si alguno bebiéndola muriese por ello, debe tener el que la diese pena de homicida en la manera que dijimos de los físicos y los cirujanos.”

151 *Las Siete Partidas...*, op.cit., pág. 625. Ley 1, Título XV, 7ª Partida.

152 *Las Siete Partidas...*, op.cit., págs. 629 y 630. Las Partidas, Ley 9, Título XV, 7ª Partida: “*Físico y cirujano, o albéitar, que tuviese en su guardia sieruo, o bestia, de algund ome, e le tajasse, o la quemasse, o la amelezinasse, de manera que por el amelezinamiento que le fiziesse muriesse el sieruo, o la bestia, o fincasse lisiado; tenuto seria cualquier dellos, de facer enmienda a su señor, del daño que le viniessse, por tal razón como esta, en su sieruo o en su bestia. Esso mismo seria, quando el físico, o el cirujano, o el albéitar comencasse a melezinar el ome o la bestia, e despues lo desamparase. Ca tenuto seria de pechar con el daño, que acaetiese por tal rason como esta. Pero si el ome que muriesse por culpa del Físico o del cirujano, fuesse libre, entonces, aquel por cuya culpa muriesse, deue ayer pena segund aluedrio del Judgador.”*

153 ALVAREZ CORA, E., *La Teoría de los Contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, 2005, págs. 390 y 391.

154 *Las Siete Partidas...*, op.cit., pág. 224. Las Partidas, 5, 8.10. Trad.: “*Fingen los hombres a veces mostrarse por sabios en cosas de las que no lo son, de manera que se sigue por ellos daño a los que no los conocen y los creen; y por ello decimos que si algún hombre recibiere de alguna piedra preciosa para engastarla en sortija o en otra cosa por precio cierto, y la quebrantase engastándola por no ser sabedor de hacerlo o por otra culpa suya, que debe pagar la estimación de ella a bien vista de hombres buenos y conocedores de estas cosas. Pero si pudiera mostrar que fue por su culpa, y que era sabedor del menester y que el daño a la piedra acaeciò por alguna falta o señal de quebradura de la piedra, entonces, no deberá pagarla. Si cuando la recibió hizo tal acuerdo con la dueña de ella, tal que fuese lo que acaetiese, si la piedra se quebrantase, debe pagarla igual. Y esto que dijimos de los orfebres se entiende también de los otros menestrales, y de los físicos y de los cirujanos y de los albéitares y de todos los otros que reciben precio por hacer alguna obra o por medicinar alguna cosa, si errasen en ella por su culpa o por falta de saber.”*

responsabilidad, pudiendo probar que el daño es fruto de otra circunstancia ajena, en este caso, probada la ausencia de culpa, se exime de responsabilidad. De otro lado, se plantea la posibilidad de pactar en el contrato la asunción de los daños por caso fortuito y ausencia de culpa. Por lo tanto, la aplicación por analogía de estas disposiciones a los médicos y cirujanos, más aún teniendo presente las funciones específicas atribuidas a los cirujanos, con un carácter manual, implica la existencia de una obligación de resultado, si bien, atenuada o convertida en obligación de medios, con la posibilidad de probar la falta de culpa en el acaecimiento de un daño o en la no consecución del resultado prometido, o bien sin atenuar, mediante el pacto de la asunción por el médico de todos los riesgos.

En lo que atañe a la actividad quirúrgica plástica, si recordamos los antecedentes sobre su práctica por los barberos, resulta llamativo que siendo uno de los tipos de sanadores que existían, los mismos no sean citados en ninguno de los textos legales, ya que hay que tener en cuenta que la mayor parte de la práctica asistencial médica era llevada a cabo por la categoría de cirujanos- barberos y barberos, al no haber un número suficiente de sanadores para toda la población¹⁵⁵. Esta consideración, junto a la efectuada por GARCÍA BALLESTER, sobre la inexistencia de testimonios que acrediten la efectiva aplicación de lo legislado en el *Fuero Real*¹⁵⁶, lleva a concluir que, si bien consta la existencia de un régimen de responsabilidad específico para los cirujanos, entre cuyas funciones se encuentran las relativas a curación de heridas o huesos, también se plantea la duda y la imposibilidad de saber si ante las prácticas quirúrgicas de la España Medieval que pueden equipararse a las actuales prácticas quirúrgicas plástica-estéticas, se aplicaba realmente dicho régimen, o bien uno general por los daños generados por los barberos.

Por otro lado, la concepción deontológica de la responsabilidad del médico, también tiene su manifestación en esta época, como se observa de la Regla de San Benito al establecer como una obligación moral del abad-médico, que los enfermos no sean descuidados, independientemente de su estado y condición¹⁵⁷. Finalmente, la Novísima

Recopilación, en su Libro VIII, títulos XI y siguientes, también recogía, con el Protomedicato, cuyo Tribunal fue fundado en 1477 por los Reyes Católicos¹⁵⁸, aspectos relativos al intrusismo o el ejercicio de la profesión sin licencia¹⁵⁹.

3.5. Las teorías sobre la ilicitud de la cirugía estética en el siglo XIX y principios del XX

El panorama histórico de la responsabilidad médica empieza a cambiar principalmente en Francia, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en que comienza la preocupación por tal responsabilidad en los medios jurisprudenciales y doctrinales¹⁶⁰, a pesar de que la codificación no prevé ningún régimen específico de la responsabilidad aplicable a esta actividad, lo que es heredado por nuestro Código Civil y será la fuente de la responsabilidad civil en general y de la sanitaria en particular. Con lo cual, la responsabilidad civil en este ámbito, vendrá siendo construida por la jurisprudencia y la doctrina.

Sin embargo, aún se mantenía la defensa en la reticencia al enjuiciamiento de esta actividad, pues los primeros pronunciamientos judiciales en Francia con un sentido condenatorio del médico, fueron excepcionales en dicha época¹⁶¹, en que, como se ha dicho, se rehuía el enjuiciamiento de la actividad médica por los tribunales, al considerarla una ciencia superior cuyo progreso se conseguía gracias a los errores, y debía ser ejercida en libertad. Con esta premisa, la Academia de Medicina de París, proclamó en el año 1829, la exclusiva responsabilidad moral de los

158 Vid., LÁIN ENTRALGO, P., *Historia...*, op.cit., pág. 310.

159 Vid., LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico...*, op.cit., pág. 13.

160 Vid., GAZZANIGA, J.L., *Introduction historique...*, op.cit., pág. 251 y PENNEAU, J., *La responsabilité médicale*, Paris, 1977, pág. 4. También existen antecedentes del comienzo de la preocupación jurisprudencial ante la responsabilidad médica, ya en el siglo XVII, como lo demuestra una Sentencia francesa de 11 de junio de 1602, que declaraba la responsabilidad del médico y cirujano por el resultado de muerte del paciente a causa de la práctica negligente de los facultativos, debido a su impericia.

161 Dos pronunciamientos judiciales en Francia abrieron este camino a la responsabilidad médica; en el primero de ellos, en 1825, un doctor fue condenado por la imprudencia cometida en un parto con el resultado de amputación de los brazos del recién nacido. La segunda resolución se dictó en 1832, condenando al médico a una indemnización por la negligencia grave cometida con resultado de amputación de un brazo. Vid., YUNGANO A.R. y otros, *Responsabilidad Profesional...*, op.cit., págs. 30 y 31.

155 Vid., GARCÍA BALLESTER, L., *La búsqueda de la salud...*, op.cit., págs. 518, 523 y 547.

156 *Ibidem*, pág. 511.

157 Vid., LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico...*, op.cit., pág. 12.

médicos, a cuya tesis se adhirieron la doctrina y la jurisprudencia, que se sustentaba en los siguientes parámetros¹⁶²:

- a) Al no existir unidad, sino pluralidad de criterios, en las cuestiones médicas -diagnóstico, pronóstico, tratamiento, intervención quirúrgica, etc- todo se volvía opinable o conjetural.
- b) En consecuencia, sólo podía responsabilizarse a los médicos sobre la base de una “culpa material” no de una “culpa médica”; es decir, de la negligencia o torpeza que cualquier hombre puede cometer, no de la específica en que puede incurrir exclusivamente un servidor de la medicina.
- c) La culpa médica es, por tanto, dispensable o excusable, por las dificultades existentes en el ejercicio de la medicina y como sacrificio exigido a todos en aras a su progreso.
- d) A lo más, puede declararse la responsabilidad con base en una culpa médica grave, inexcusable, en un error grueso, elemental.
- e) Corriendo la carga de la prueba a cargo del enfermo o paciente, puesto que el médico no se compromete a sanar, y es aquél quien tiene que demostrar los errores o descuidos del médico.
- f) El dictamen de peritos médicos debe ser decisivo en el tema, puesto que sólo ellos, poseedores de la ciencia médica, pueden emitir una opinión autorizada.

Por tanto, se vuelve a la utilización del concepto de culpa como equivalente al dolo, y midiendo ésta en función del resultado del acto doloso y de la apreciación subjetiva del grado de diligencia en la actividad, se impone la carga de la prueba al actor, con las consiguientes dificultades y, en definitiva, se arbitra este sistema a fin de evitar la responsabilidad jurídica del médico.

162 Vid., YUNGANO A.R. y otros, *Responsabilidad Profesional...*, op.cit., págs. 67 y 68. Aún en la década de los años 60 del siglo pasado, se mantenía este debate entre nuestra doctrina, respecto del que Marañón, llegó de defender la irresponsabilidad del médico, y procediendo la responsabilidad sólo con carácter excepcional, por ser la medicina una ciencia inexacta. MARAÑÓN, G., *El médico y la razón de estado*, Madrid, 1953. Sin embargo, Ramírez, rebatió dicho argumento, precisamente con motivo del análisis de la responsabilidad en cirugía estética, aludiendo a que un error del médico puede conllevar graves daños e incluso la muerte al paciente, no siendo justificativa el carácter de ciencia inexacta de la medicina, RAMÍREZ, J.A., “La cirugía estética y el derecho”, El: *Revista Jurídica de Cataluña*, mayo-junio, 1960.

Coincidiendo prácticamente, con el verdadero impulso y reconocimiento de la práctica quirúrgica estética, tal y como se concibe en la actualidad, que surge bajo las necesidades originadas con el estallido de la I Guerra Mundial, en que la reconstrucción de los rostros destrozados con la metralla potencia el desarrollo de esta especialidad¹⁶³, el Tribunal del

163 A pesar de que el desarrollo de la cirugía estética venía logrando avances desde el Renacimiento, es a partir de las dos Guerras Mundiales donde dicha especialidad nace como tal. Los conocimientos adquiridos durante la Antigüedad, se ponen de nuevo en marcha a partir del siglo XVI en el Renacimiento; época de la que destacan entre otros, las familias de médicos italianas BRANCA y CALABRIA (siglos XV y XVI), como los primeros en practicar una reconstrucción de nariz y labios a los mutilados en las batallas, basada en una técnica consistente en la utilización de un fragmento de piel tomado del brazo, técnica reintroducida, como puede apreciarse, de la ya utilizada por los hindúes. Esta técnica fue popularizada posteriormente por el médico, también italiano, TAGLIACOZZI, de la Universidad de Bolonia, mediante la publicación en 1597 de un compendio (“*De Curtorum Chirurgia Per Institutionem*”, obra citada por MARTINEZ SAHUQUILLO, A., *Concepto y evolución de la cirugía...*, op.cit., pág. 18, sobre la que defiende su finalidad ilustrativa y transmisora de conocimientos, frente a otra opinión crítica, atribuyéndole, junto a Celso, la condición de padre de la cirugía plástica) sobre todas las técnicas del injerto quirúrgico de la nariz y las orejas. Además, pueden ser destacadas sus palabras sobre los efectos psicológicos de los pacientes sometidos a este tipo de intervenciones, que resultan predecesoras e innovadoras ante el fenómeno que tendría lugar cuatro siglos más tarde, “*Restauramos, reparamos y hacemos completas aquellas partes del rostro que la Naturaleza ha provisto pero que la Fortuna ha quitado, no tanto para el deleite del ojo sino para que eleve el espíritu y alivie la mente del afligido*” (GAYNOR A., *Todo lo que usted...*, op.cit., pág. 37). De esta misma época, AMBROISE PARE, ocupa una de las líneas de opinión que lo catalogan como el padre de la cirugía plástica estética (ZELICOVICH, R., *Cirugía estética. Todo lo que usted debe saber*, Madrid, 2003, págs. 30 a 33). Comenzó la práctica de este tipo de cirugía como aprendiz de barbero y terminó consiguiendo fraguar cambios en la concepción anquilosada de determinadas técnicas, como el tratamiento de las heridas de guerra con otros productos distintos al aceite hirviendo para su desinfección, la ligadura de los vasos sanguíneos para detener las hemorragias, así como la utilización de diversas prótesis, entre ellas, las dentales. Destaca su publicación en 1571, “*Método de tratamiento suave de las heridas causadas por arcabuces y otras armas de fuego*”, donde resalta la importancia de minimizar en lo posible el aspecto de las cicatrices. Posteriormente, el último de los nombres también citado como precursor de la cirugía estética, en la época previa al estallido de la I Guerra Mundial, es el del cirujano alemán, de la Universidad de Berlín, JOSEPH, que intervino quirúrgicamente con éxito la corrección de orejas de pantalla de un niño mediante una nueva técnica, en el año 1896, y en el año 1904, ya había operado 43 casos de rinoplastia, consiguiendo la modificación completa de la estructura óseo-cartilaginosa de la nariz, y ocupando en 1918, la primera cátedra de cirugía plástica de la Universidad de Berlín. JOSEPH, destacó la importancia de la cirugía estética para la mujer trabajadora y su incorporación a la vida moderna, mediante la publicación de su obra fundamental donde propone las bases de la cirugía estética, entre las que incluye la corrección de las arrugas en el rostro de la mujer a partir de los cuarenta años (“*Nasen und sonstige gesichts plastik*”, citada por ZELICOVICH, R., *Cirugía estética...*, op.cit. pág. 31).

Los antecedentes citados hasta el momento, no constituyen el verdadero impulso y posterior gran desarrollo de la cirugía

Sena de París, tiene la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 25 de febrero de 1929, siendo ésta, la primera resolución judicial que dirime una responsabilidad por cirugía estética. La acción judicial fue interpuesta por una paciente joven que tras someterse a una intervención de cirugía estética para reducir el volumen de sus piernas, sufrió una gangrena que obligó a la amputación de una pierna. Reclamaba por los daños y perjuicios la cantidad indemnizatoria de dos millones de francos. La sentencia condenó al cirujano al pago de la indemnización de doscientos mil francos, pero el principal interés de esta primera resolución judicial radica en el fundamento en que se sustentó la negligencia, que fue la realización de una intervención quirúrgica sobre un miembro sano con una finalidad únicamente estética, lo que fue calificado como una falta profesional grave. Este pronunciamiento respondía a la opinión jurisprudencial francesa de la época, según la cual, las intervenciones quirúrgicas no necesarias terapéuticamente serían ilícitas. En esta línea, la resolución dice:

plástica estética, en comparación con el momento en que estalla la I Guerra Mundial, donde la necesidad derivada de la práctica en el tratamiento de las heridas de guerra que produjeron desastrosas deformidades en los cuerpos de los soldados, provoca la decisiva evolución de esta especialidad. Las desfiguraciones provocadas en el campo de batalla, se acrecentaban con las grandes infecciones en dichas heridas en una época anterior a los antibióticos, con ello, muchos de los soldados que sobrevivían lo hacían con graves mutilaciones hasta quedar irreconocibles, en consecuencia, los cirujanos generales que se especializaban en la reparación plástica, comenzaron a tener en consideración los criterios estéticos, tal que el paciente pudiese reemprender una vida normal. La II Guerra Mundial consagró la revolución en la actitud hacia la cirugía estética, en que ya se consideraba la reparación estética total dentro de todas sus posibilidades, las técnicas tendían a la reducción máxima posible de las cicatrices, y grandes adelantos como el uso de mejores anestésicos, la penicilina, la sulfamina, o el uso de plasma, contribuyeron a un rápido desarrollo, al poder practicar intervenciones quirúrgicas con más tiempo y más seguras frente a las infecciones. Por otro lado, las Guerras Mundiales no sólo han sido precursoras de avances técnicos, sino también organizativos, por cuanto promovieron la formación de los médicos, la transmisión de conocimientos; y ya en el año 1931 se constituye la Sociedad Americana de Cirugía Plástica, y en el año 1968, la Sociedad Americana de Cirugía Estética. Paralelamente, y como es de esperar, aparecen las primeras publicaciones periódicas de divulgación científica especializadas en cirugía plástica (Pueden ser citadas: la *“Revue de Chirurgie Plastique”* (1931), la *“Plástica Quirúrgica”* (1937), la *“Plastic and Reconstructive Surgery”* (1948), o la *“British Journal of Plastic Surgery”* (1950). MARTINEZ SAHUQUILLO, A., *Concepto y evolución de la cirugía...*, op.cit., pág. 19). Vid., LÁIN ENTRALGO, P., *Historia...*, op.cit., págs. 445, 541 a 544.

A partir de entonces, cabe destacar las primeras intervenciones quirúrgicas estéticas, que hoy día conforman el mayor número de solicitudes dentro de esta especialidad; entre otras, la primera corrección estética en pechos de gran desarrollo, por Sir HAROLD GILLES, en 1919, el primer lifting, en 1925, por la Doctora SUZANNE NOEL, el primer implante mamario con silicona que se realizó en el año 1962, por los Doctores GRO-NIN y GEROW, o la primera lipoaspiración, ya más reciente, en el año 1977 por el francés IVES GÉRARD ILLLOUZ.

“Considerando que, a pesar de la conciencia y del alto valor profesional y desinterés del cirujano, existía el hecho de haber realizado una operación peligrosa en un miembro sano con objeto de corregir la línea, y sin que esta intervención fuese impuesta por una necesidad propiamente terapéutica, ni de utilidad alguna para la salud de la operada, y que este hecho atañe a la responsabilidad del médico. Considerando que es necesario buscar si se cometió falta profesional o no por el cirujano, tanto durante la operación como durante la cura que siguió; y teniendo en cuenta que si no se cometió ninguna falta esto no hacía más que poner de relieve el carácter peligroso de la amputación de la pierna, después de haber puesto a la operada en peligro de muerte, a pesar de todas las precauciones y todas las reglas del arte (...). De todo lo cual resultaba que no había necesidad de operar”.¹⁶⁴

Es de sumo interés el comentario a esta sentencia que realiza, en el mismo año en que se dicta, JIMÉMEZ DE ASÚA¹⁶⁵, desde el punto de vista del derecho penal, con una crítica al fondo del fundamento jurídico principal basado en la ilicitud de la cirugía estética y una exposición del padecer doctrinal en otros países europeos. Según el autor, no sólo la doctrina francesa erraba en su tesis sobre la ilicitud de la cirugía con un único fin cosmético, sino también la alemana, en que se había fallado en varias sentencias la impunidad en función del consentimiento otorgado por el paciente ante las intervenciones quirúrgicas, y en el ámbito del derecho penal de índole público, la voluntad de las partes no puede modificarlo, aunque reconoce el autor la importancia con que opera el consentimiento del paciente. En el mismo sentido se pronuncia, en comentario a esta sentencia y desde el punto de vista civil, DIAZ-AMBRONA, al no encontrarse la sentencia motivada en la negligencia del cirujano, sino en el móvil que le llevó a operar¹⁶⁶.

De otro lado, se expone la doctrina italiana, según la cual, *“siendo el dolo la simple voluntad del acto y queriendo el médico con el tratamiento empleado no el daño a la salud sino el logro de ésta, falta el elemento objetivo, el hecho de la lesión*

164 ROYO-VILLANOVA MORALES, R., *Cirugía estética: medicina legal, criminología, delincuencia, responsabilidad*. Barcelona, 1958, págs. 123 a 126.

165 JIMÉMEZ DE ASÚA, J., *Crónica del Crimen*, Madrid, 1929, págs. 184 a 193.

166 DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., *“La responsabilidad civil del profesional sanitario”*, El: *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, n.º. 7, año 1994, Madrid, pág. 209.

personal cuando se obtiene éxito lisonjero, y falta también el dolo, como voluntad de dicha conducta”, que JIMÉMEZ DE ASÚA rebate en cuanto que, si se excluye el dolo en el tratamiento médico con resultado favorable se excluye igualmente en la operación desafortunada, por tanto, en el tratamiento médico quirúrgico con suceso, faltan los elementos subjetivo y objetivo del delito de lesiones, mientras que en el que se desenlaza con éxito desgraciado falta tan sólo el elemento subjetivo¹⁶⁷.

Para este autor, uno de los motivos principales sobre los que se asienta la licitud de la cirugía estética es el reconocimiento de su finalidad por el Estado, ya que si el primer carácter del delito es ser un hecho antijurídico, la antijuricidad desaparece cuando las acciones se producen en cumplimiento de un fin grato a la sociedad y admitido por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el Estado reconoce y fomenta la conservación y mejora de la salud como uno de los fines esenciales, por tanto, el tratamiento quirúrgico como acción que persigue un objeto salutarífico o de embellecimiento, se justifica por ser un medio apropiado para el logro de un fin públicamente reconocido. En suma, todos los actos ejecutados en persecución de dicho fin son enteramente lícitos, ya se consiga por el médico el objeto ansiado, ya se fracase¹⁶⁸. En esta línea, JIMÉNEZ DE ASÚA, resalta que el desenlace de la operación únicamente será tenido en cuenta cuando medie imprudencia o impericia. En cuanto al consentimiento del paciente, el autor define como *tratamiento médico arbitrario*, aquél ejecutado sin dicho consentimiento, dando lugar a un tipo propio de infracción, que no se puede cuadrar en las lesiones punibles. Finalmente, el autor resume su tesis del siguiente modo, “*Las operaciones quirúrgicas, sean con el fin necesario de salvar la vida en peligro, ora para mejorar la salud, o bien para conseguir el embellecimiento del intervenido, son estrictamente legítimas por constituir actos que se ejercen en persecución del fin salutarífico y estético reconocido por el Estado (...) el fin desafortunado del tratamiento no tiene relevancia jurídica más que cuando se demuestra imprudencia o impericia en el cirujano*”¹⁶⁹.

Por su parte, la ciencia jurídica alemana, en el año 1939, rechazaba la legalidad de estas intervenciones

167 JIMÉMEZ DE ASÚA, J., *Crónica...*, op.cit., pág. 189.

168 JIMÉMEZ DE ASÚA, J., *Crónica...*, op.cit., pág. 190.

169 *Ibidem*, pág. 193.

con un fin no curativo, considerando el peligro de muerte o los graves riesgos a los que se sometían las personas, haciendo por tanto, una ponderación entre los medios y los fines en orden a la determinación de la responsabilidad. Por el contrario, legitimaban su práctica cuando los riesgos derivados eran insignificantes¹⁷⁰. La doctrina italiana, sin embargo, aboga en esta época, por su licitud, aunque planteada desde el análisis del consentimiento del paciente, en el sentido en que sólo éste justifica el tratamiento y aún así, se requiere el análisis de cada caso concreto para determinar los límites de la licitud y examinar si el consentimiento del paciente es contrario a las buenas costumbres o al orden público. De otro lado, también se señala como determinante para la calificación como lícita de la actividad, las lesiones consecuentes y la no punibilidad del resultado desgraciado¹⁷¹.

A pesar de encontrarse totalmente superado el debate relativo a la licitud de la actividad quirúrgica estética en la actualidad, al igual que JIMÉNEZ DE ASÚA a principios del siglo XX, la doctrina española actual justifica la licitud de esta práctica, en primer lugar, ante la validez de un contrato que no es contrario a las buenas costumbres, ya que dichas intervenciones se encuentran aceptadas en la práctica y costumbres modernas, en segundo lugar, teniendo en cuenta que el médico ha de ponderar las circunstancias de la intervención e informar adecuadamente sobre los riesgos de la misma y en tercer lugar, porque se trata del derecho de las personas a mejorar su cuerpo, independientemente de que se trate de una aspiración personal, debiendo partir de un concepto amplio del tratamiento médico-quirúrgico, comprendiendo dentro del mismo, la cirugía estética, con lo que se rebate la tesis de la ilicitud de toda operación sobre un cuerpo sano con una finalidad puramente estética¹⁷².

Por otro lado, en el orden penal, y que se ajusta más a la utilización del término *licitud* de la cirugía estética, MARTÍNEZ-PEREDA, analiza dicha tesis con base en el artículo 155 del Código Penal de 1995¹⁷³, y concluye que, si bien no es suficiente

170 *Id.*, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética...*, op.cit., pág. 11.

171 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética...*, op.cit., pág. 275

172 *Ibidem*, págs. 274 a 280. Que traslada las opiniones de RUIZ VADILLO, en el Prólogo de la obra, así como las de ROMEO CASABONA, ROYO-VILLANOVA, CUELLO CALÓN y JIMÉNEZ DE ASÚA.

173 Art. 155 CP: “*En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente*

el consentimiento para legitimar la conducta en las lesiones, la necesidad terapéutica de la intervención quirúrgica deviene irrelevante a tal efecto. El autor señala el amplio concepto de *salud* de la Organización Mundial de la Salud, para justificar la licitud de la cirugía estética, por incluir dicho concepto, la salud mental y la social¹⁷⁴.

La conclusión que se extrae sobre esta evolución jurídica, es que la tendencia doctrinal y jurisprudencial de finales del siglo XIX y principios del XX, a la calificación de ilicitud de la cirugía estética y el consecuente reflejo en las resoluciones judiciales, venía en gran medida determinado, no tanto por un planteamiento estrictamente jurídico, sino más bien social. La percepción social de la cirugía estética al principio de sus tiempos, era negativa, siendo incluso mal considerados por sus propios colegas, los profesionales que realizaban este tipo de intervenciones. Los motivos de esta desaprobación giraban en torno, principalmente, al tipo de personas que se sometían a esta cirugía, entre las cuales, se encontraban los castigados por haber infringido las leyes, también, en épocas muy posteriores, los artistas del mundo del espectáculo demandaban intervenciones quirúrgicas plásticas con fines exclusivamente estéticos, lo que se asociaba a conductas frívolas e incluso inmorales y por ello, estaba mal considerado y, avanzando más en el tiempo, puede señalarse a los criminales huidos de la justicia que se sometían a estas operaciones en su rostro para no poder ser reconocidos¹⁷⁵.

Como se ha dicho, fue con el impulso y desarrollo definitivo de la cirugía estética en el estallido de

la I y II Guerra Mundial, donde comenzó a cambiar la percepción social de la misma¹⁷⁶, a la que al fin se

176 Esta progresiva aceptación social de la cirugía estética, desde el punto de vista de su finalidad puramente estética, se encuentra plasmada en una de las únicas obras que analizan estas cuestiones en un periodo anterior a los años sesenta, su autor ROYO-VILLANOVA, señala una gran evolución de este tipo de cirugía, cuya denominación ha de unificarse, por tratarse de una sola y única cirugía, aunque pudieran parecer varias por las razones y motivos que toma para alcanzar un mismo objetivo “*con fines siempre estéticos y sociales en más o menos grado, aunque con trascendencia diversa*”, el autor la califica como una cirugía *sui generis*, por no contemplar metas terapéuticas, y le acuña los términos de *psicocirugía* y *cirugía sociológica*, por razón de los factores psíquicos que entran en juego en la motivación de esta clase de intervenciones; “*Se trataría, a fin de cuentas, de una psicología, de una sociología, de una estética con bisturi*”. No obstante, también destaca el mantenimiento de las posturas detractoras, aún en dicha época, señalando como motivos; una publicidad intempestiva e inoportuna, el reclamo por parte de personas de dudosa reputación y la clandestinidad con que aún se practica.

Al igual que el resto de la doctrina especializada, tanto de la época, como actual, ROYO-VILLANOVA, analiza en profundidad la influencia psicológica como principal motivo que justifique el sometimiento a este tipo de cirugía: “*Por esto, a la utilidad social de esta rama de la cirugía, se une su acción bienhechora sobre la psique del individuo que tiene tales tachas o lacras al hacerlas desaparecer*”, en esta línea, legítima como “*indicaciones psicológicas de la cirugía estética*”, no sólo las derivadas de rostros desfigurados por grandes traumas, sino también irregularidades faciales más corrientes y habituales, lo cual constituye un fenómeno social de esta cirugía estética, que no únicamente es demandada por la mujer con ambiciones de carácter social, laboral, sentimental, sino también empieza a serlo por el hombre.

Debe destacarse de la importante obra de este autor, por reflejar la perspectiva social en los años cincuenta de esta especialidad médica, los pronósticos sobre su futuro, teniendo en cuenta la rápida evolución que se percibía en aquel momento. De este modo, señala las intervenciones de cirugía estética que se ajustan a precios relativamente módicos, quedando al alcance de personas con un nivel económico inferior, además de la sorprendente celeridad con que se realizan las intervenciones. La siguiente frase, resulta reveladora por su acierto sobre la situación que vivimos actualmente en torno a la cirugía estética, que permite concluir con una evolución social que no se reduce al denominado “boom” de nuestra época, sino que, aún con distintas y tímidas manifestaciones externas debido a la diferente influencia de los medios de comunicación, fue tomando forma desde sus inicios, tras el estallido de las dos Guerras Mundiales: “*Como se verá más adelante, creemos incluso que esta operatoria encierra toda una nueva y feliz ideología sobre la medicina del porvenir, dada la importancia creciente de la apostura física, en su conjunto y en sus partes y particularidades, en la vida social. Está tomando tanto y tal auge esta cirugía, que ya no es sólo un simple fenómeno de estadística social, sino un indicio más de la tremenda crisis por que atraviesa la especie humana*”. ROYO-VILLANOVA MORALES, F., *Cirugía estética...*, op.cit.

De otro lado, la evolución social de esta cirugía tiene su reflejo, en la opinión que en su momento manifestó la Iglesia Católica, contraria a cualquier manipulación sobre el cuerpo humano, por haber sido creado a semejanza de Dios. Postura que cambia con una opinión más abierta hacia su aceptación bajo determinadas prerrogativas, y es transmitida en el *X Congreso Nacional Italiano de Cirugía Plástica*, por el Papa Pío XII, en el año 1958, con las siguientes palabras: “*(...) la moralidad de los actos que atañen a la cirugía estética depende de las circunstancias concretas de cada caso. En la valoración moral de*

emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección” (versión vigente desde el 1 de julio de 2015, según reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, del 23 de noviembre, del CP, BOE nº 77, de 31 de marzo).

174 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética...*, op.cit., pág. 277

175 Sin embargo, y como se deduce, también existían defensores de esta práctica y su evolución, frente a la más común opinión detractora. Las causas alegadas en su defensa se reducían al mejoramiento de la salud psicológica con la cirugía estética, con esta línea, SUZANNE NOEL, mujer pionera en la práctica de esta cirugía, apuntaba en su obra *La chirurgie esthétique: son rôle sociale*, París, 1926, una serie de observaciones psicológicas sobre la felicidad de los matrimonios cuando la mujer se realizaba intervenciones de cirugía estética para mejorar y rejuvenecer su aspecto, concluyendo con la siguiente frase: “*Conclusión moral: Mujeres, opérense y no hablen de ello*”.

le adjudicaba un verdadero y útil propósito, no sólo reconstruyendo los cuerpos y rostros destrozados por las armas, sino también mejorando, a través de los progresivos avances técnicos, la apariencia de los lesionados, que permitía al soldado recuperar su desarrollo vital en sociedad en la mayor medida posible, además de no parecer un privilegio de la clase poderosa, sino que se extendía y propagaba en el medio social. Aunque la mayoría de las intervenciones con un fin ajeno a éste, aún seguían, por los motivos antes señalados, practicándose en la clandestinidad.

4. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES SOBRE LOS ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA

Una de las principales conclusiones que se extraen del análisis de la evolución de la responsabilidad médica, haciendo especial incidencia en las cuestiones específicas relativas a las prácticas que pueden ser equiparadas a la actual cirugía plástica-estética, es la diferente concepción que se ha tenido de la cirugía y, en relación con ésta, de las prácticas quirúrgicas plásticas, respecto de la medicina. En este sentido, la cirugía en general, hasta aproximadamente las primeras reivindicaciones del siglo XIV, ha sido considerada como una práctica de menor rango, propia de trabajos manuales y que, por lo tanto, no puede encuadrarse dentro del ejercicio de la medicina, concebida dentro del conjunto de las artes liberales. En esta primera diferenciación, se puede extraer otra dentro de las prácticas quirúrgicas, pues aquellas que pueden equiparse a las actuales prácticas quirúrgicas plásticas-estéticas, han sido hasta aproximadamente el siglo XX, peor consideradas por los siguientes motivos: en una primera etapa histórica, al tratarse de prácticas que sólo podían ser realizadas por artesanos-alfareros o barberos con cualidades para ello, y solían practicarse a personas mal consideradas socialmente en aquella época, como los condenados por algún delito cuya pena consistía en la amputación de algún miembro de su cuerpo, prácticas, por tanto, que no correspondían al estatus del médico. En una

segunda etapa, la cirugía plástica-estética, entendida en su vertiente de finalidad únicamente estética, también carece del reconocimiento de cualquier otra especialidad médica, incluso como actividad lícita debido a las dudas que plantea aplicar la cirugía con una finalidad no terapéutica.

Esta evolución social ha tenido su repercusión en el ámbito de la responsabilidad jurídica, cuyos antecedentes más claros se atisban en el derecho romano, donde coexistieron diversos tipos de médicos, entre los cuales, mientras que a los médicos así considerados por ejercer la profesión concebida como arte liberal y pertenecientes a clases altas, sólo les era exigida responsabilidad de manera excepcional; al resto de los sanadores, entre los que se encontraban los cirujanos, les era de aplicación una serie de preceptos que contemplaban la responsabilidad en distintos supuestos. Dicho régimen de responsabilidad, si bien en términos generales puede decirse que se trataba de un sistema de responsabilidad por culpa al consagrarse ésta como criterio de imputación en el derecho romano, de los diversos textos que tratan la responsabilidad del cirujano, se concluye la existencia de un sistema mixto de responsabilidad, en atención a la exigencia tanto conforme a una obligación de medios como de una obligación de resultado, según los supuestos concretos. En este sentido, teniendo presente que la actividad quirúrgica era ejercida por hombres pertenecientes a las clases bajas y habitualmente, a hombres de su misma condición, se concluye la aplicación de la *Lex Aquilia* ante una responsabilidad, que implicaba, en líneas generales, un sistema de resarcimiento y sancionatorio más estricto.

Esta diferencia se vuelve a apreciar, bajo otras circunstancias, en el ámbito jurídico, a finales del siglo XVIII y siglo XIX, en que se intenta defender la inaplicabilidad de reglas de responsabilidad jurídica al médico, siendo excepcional su enjuiciamiento, salvo en los casos de cirugía estética, en que dicha práctica llega a ser calificada de ilícita por no ser terapéuticamente necesaria.

Por lo tanto, salvo los periodos relativos a los pueblos primitivos, en que consta la exigencia de una responsabilidad objetiva por el resultado, y la España de la Edad Media, en que se observa igualdad de régimen jurídico aplicable, independientemente de la especialidad del sanador, la principal conclusión que se extrae es la diferente consideración que se le atribuye a la cirugía, de la medicina y, dentro de la primera, a la cirugía plástica-estética. Aplicándose, en consecuencia, reglas de responsabilidad que se

éstas, las principales condiciones más pertinentes a la materia y resolutive de la gran casuística presentada a la cirugía estética son las siguientes: que la intervención sea recta, que la salud general del sujeto esté defendida contra notables riesgos, que los motivos sean razonables y proporcionados al medio extraordinario a que se recurre...respectadas las condiciones indicadas, la cirugía estética, lejos de chocar con la voluntad de Dios cuando restituye la perfección de la obra máxima de la creación visible, el hombre antes parece que la segunda y rinde en sí claro testimonio a su sabiduría y bondad”

desmarcan del régimen general dispuesto para la responsabilidad médica, prevaleciendo una obligación de resultado en disposiciones que contemplan expresamente la responsabilidad ante operaciones.

Efectuando una interpretación práctica mediante una comparativa con la situación actual, cabe añadir la conclusión relativa al paralelismo existente entre ambas épocas, dado que, durante una larga etapa jurisprudencial, el régimen de responsabilidad civil por la práctica de la cirugía estética, se ha desmarcado del régimen culpabilístico aplicable con carácter general a la responsabilidad médica, mediante la introducción del resultado en la naturaleza jurídica de la obligación del cirujano estético. Afirmación ésta última, susceptible de profundas matizaciones que, no obstante, exceden de la temática que nos ocupa.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ CORA, E., *La Teoría de los Contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, 2005.
- ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal. Tomo I. Parte General*, con RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A. Madrid, 1949.
- ARISTÓTELES, *Política*, Libro II, Cap. I. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araujo, Madrid, 1951.
- ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985.
- CASBAS, P. y SOSPEDRA, E., *Estiirame. Locos por la cirugía estética*, Barcelona, 2002.
- CUETO PÉREZ, M., *Responsabilidad de la Administración Sanitaria*, Valencia, 1998.
- DAZA MARTÍNEZ J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Alicante, 1993.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, 1993.
- “El resultado en la obligación del médico. ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?”, en AA.VV., LLAMAS POMBO, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I, Madrid, 2006, (págs. 419 a 468).
- DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil del médico*, Madrid, 1949.
- DEL ROSAL, J. *Derecho Penal Español. Lecciones*. Madrid, 1959.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., “La responsabilidad civil del profesional sanitario”, El: *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, nº. 7, año 1994, Madrid, (págs. 199 a 215).
- JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*. 2ª edición, Paris, 1992.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, Pamplona, 1972.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid, 1999.
- DOMAT, J., *Las leyes en su orden natural*. Tomo II. Trad. De Felio Villarubias y José Sardá, Barcelona, 1861.
- ESCUDERO, J.A., *Curso de Historia del derecho. Fuentes e Instituciones Político- Administrativas*, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato de servicios médicos*, Madrid, 1988.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de Responsabilidad Médica*, 5ª ed., Granada, 2007.
- FUERO REAL, Libro IV, Título 16, Ley 1ª. *De los físicos e de los maestros de llagas. Leyes de Alfonso X. Fuero Real*. Ed. Real Academia de la Historia, Madrid, 1979.
- GARCÍA BALLESTER, L., *La búsqueda de la salud, sanadores y enfermos en la España medieval*, Barcelona, 2001.
- GARCÍA DEL CORRAL, I.L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889.
- GAYNOR, A., *Todo lo que usted siempre quiso saber de la cirugía estética y nunca se atrevió a preguntar*, 1999.
- GAZZANIGA, J.L., *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 1992.

- GITRAMA, M., “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en *Estudios Homenaje al Profesor Ignacio Serrano Serrano*, Tomo I, Valladolid, 1965, (págs. 328 a 341).
- JIMÉMENZ DE ASÚA, J., *Crónica del Crimen*, Madrid, 1929.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito. Vol. II*. 3ª edición, Madrid, 2005.
- LAÍN ENTRALGO, P., *Historia de la Medicina*, Barcelona, 1982.
- LARA PEINADO, E. *Código de Hammurabi*, Madrid, 1982.
- *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X El Sabio*. Tomo III. Real Academia de la Historia, Madrid, 1972.
- LÓPEZ HERRERA, E., “Introducción a la responsabilidad civil”, El: *Publicaciones*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, México, 2004. www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones
- LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988.
- MARAÑÓN, G., *El médico y la razón de estado*, Madrid, 1953.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997.
- *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, 3ª ed., Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ SAHUQUILLO, A., *Concepto y evolución de la cirugía plástica estética y la belleza a través de los tiempos*, Real Academia de Medicina de Sevilla, 1989.
- MARTINEZ SARRIÓN, A., “La evolución del derecho de años”, en RIBÓ DURÁN, L. (Coord.), *Ponencias y coloquios en la Jornada sobre Derecho de Daños*, Barcelona, 1992
- MAZEAUD, H. y L., TUNC. A. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Deltictual y Contractual*. Tomo I, Vol. I. (Traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, 1957.
- MONTOYA, A.G., *La cirugía estética: qué es, qué no es*, Madrid, 1995.
- MORALES PAYÁN, M.A., *La configuración legislativa del delito de lesiones en el derecho histórico español*. Madrid, 1997.
- NUÑEZ PAZ, M.I., *La responsabilidad de los médicos en derecho romano*, Gijón, 1996.
- PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*. Tomo II, Vol. 1, Parte Especial, Barcelona, 1989.
- PENNEAU, J., *La responsabilité médicale*, Paris, 1977.
- PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada, 2002.
- PLANAS, J., *Cirugía estética. Sin trampa ni cartón*, Madrid, 2005.
- PLATÓN, *Las Leyes*. Edición bilingüe y traducción por PABON, J.M. y FERNÁNDEZ-GALLIANO, M., Madrid, 1960.
- POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, Trad. De las Cuevas, M.C., Buenos Aires, 1978.
- *Traité du mandat*, Paris, 1821.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho Penal. Tomo I*. Madrid, 1963.
- RAMÍREZ, J.A., “La cirugía estética y el derecho”, El: *Revista Jurídica de Cataluña*, mayo-junio, 1960.
- REGLERO CAMPOS, L.F. “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2002, (págs. 47 a 246).
- “Los sistemas de responsabilidad civil”, en AA.VV., REGLERO CAMPOS, F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2008, (págs. 247 a 295).
- ROCA TRÍAS, E. *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª edición, Valencia, 2000,
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Responsabilidad Médica y Hospitalaria*, Barcelona, 2004.

- ROYO-VILLANOVA MORALES, R., *Cirugía estética: medicina legal, criminología, delincuencia, responsabilidad*. Barcelona, 1958.
- TRIGO REPRESAS, F.A., y LÓPEZ MESA M.J., *Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I*, Buenos Aires, 2005.
- TUNC, A., *La Responsabilité Civile*. 2ª ed., Paris, 1989.
- YUNGANO A.R. y otros, *Responsabilidad Profesional de los médicos. Cuestiones Civiles, Penales médico-legales y deontológicas*, 2ª Ed., Buenos Aires, 1982.
- ZELICOVICH, R., *Cirugía estética. Todo lo que usted debe saber*, Madrid, 2003.