UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS

Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS

Y TECNICAS RECIENTES

TITULO: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDICOS, SU ENFOQUE A PARTIR DE LA LEY 26.529.

AUTORA: Pamela de la Iglesia

ASIGNATURA SOBRE LA QUE SE REALIZA EL TRABAJO: DERECHO CIVIL II

ENCARGADO DE CURSO PROF.: Jesús D. Los Arcos Vidaurreta

DIRECTOR/A DE TESIS: Jesús D. Los Arcos Vidaurreta y Norma Martínez

INDICE

Introducción……..……..pág.3

Responsabilidad Civil …….....pág.5

Responsabilidad Médica……...pág.8

Naturaleza jurídica de la prestación….…….....pág10

Consentimiento informado……..……...pág.13

Deber de informar…….…..…pág.16

Legitimados para dar el consentimiento..……..…..pág.19

Forma de expresión…….…..pág.22

Excepciones a la obtención del consentimiento…….....pág.23

Responsabilidad civil por la no obtención del consentimiento.……....pág.25

Prueba de la obtención del consentimiento……....pág.27

Legislación vigente en la provincia de La Pampa……..pág.28

Presupuestos de la responsabilidad civil médica……...pág.30

a) Daño……..……pág.30

b) Factor de atribución……pág.32

c) Relación de causalidad……..….pág.38

d) Antijuricidad…….….pág.39

Jurisprudencia de la provincia de La Pampa...……...pág.42

Cláusulas exonerativas de responsabilidad……....pág.48

La historia clínica……...….pág.51

Responsabilidad médica en el Anteproyecto de Reforma

del Código Civil……...pág.54

Conclusión…….pág.60

Bibliografía……..……..…pág.63

Introducción

En el presente trabajo les propongo avocarnos al estudio de la responsabilidad civil médica. Pero antes los invito a hacer un recorrido previo sobre la responsabilidad en general a fin de facilitar la comprensión del tema propuesto. Una vez adentrados en el campo específico de la responsabilidad médica haremos un repaso de las diferentes opiniones doctrinarias y de la legislación vigente, deteniéndonos en el análisis de cuestiones puntuales como el consentimiento informado y el deber de informar que hace a la libertad de elección.

Durante mucho tiempo, la ausencia de una norma que contemplara los derechos de los pacientes, en forma genérica, motivó la labor de la doctrina para dar respuestas a las problemáticas que encierra el ejercicio de la medicina al estar involucrado un derecho fundamental de toda persona, "la salud", centrándose principalmente en los "deberes de los médicos". Es sabido, que todo deber conlleva un derecho, por ello es interesante enfocar la mirada desde otro ángulo, es decir, desde los derechos de los pacientes en un intento por concientizar acerca de lo que ello significa. En este sentido la ley 26.529 sobre Derechos de los Pacientes, de orden público, ha venido a traer luz al respecto. No se trata, de ampliar los límites de la responsabilidad profesional sino de buscar un equilibrio que nos conduzca a soluciones "justas".

También serán objeto de estudio los distintos presupuestos que configuran la responsabilidad del galeno y dan lugar a una indemnización resarcitoria o reparatoria. Aunque sería preferible evitar llegar a los estrados

de tribunales, cada vez se incrementan más las demandas por mala praxis médica. Diversos factores contribuyen a este fenómeno impensable años atrás, debido a la ideología imperante por ese entonces.

Sin duda quedarán temas pendientes dada la amplitud del tópico elegido. Tal vez, en otra ocasión y con una mayor formación se convertirán en palabras que vengan a continuar esta obra.

Responsabilidad Civil

Podemos definir la responsabilidad civil como la obligación de un sujeto de reparar el daño ocasionado a otro ya sea a causa de un incumplimiento contractual, de un acto ilícito o porque así lo establece la ley.

Este instituto persigue una doble finalidad. Por un lado sancionar al responsable de la lesión a un derecho subjetivo ajeno y por el otro resarcir a quien sufrió en su persona o en sus bienes las consecuencias dañosas de una conducta ajena, siempre que no se trate de un supuesto de responsabilidad objetiva, en donde, lo que interesa es la concurrencia de otras circunstancias independientes del obrar del sujeto al cual la ley le impone la obligación de indemnizar el daño.

Para que se configure la responsabilidad debe existir:

1) Daño
2) Nexo causal
3) Antijuricidad
4) Factor de atribución

El tratamiento en particular, de cada uno de los presupuestos mencionados, será abordado al tratar el tema específico de la responsabilidad médica.

Existen dos ámbitos bien diferenciados de responsabilidad: contractual, extracontractual. La primera de ellas tiene su génesis en la

"celebración de actos lícitos que pueden o no constituir contrato"[1]. Lo determinante es el incumplimiento de una obligación preexistente que va a dar lugar al nacimiento de una nueva, la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados, debido a su falta de cumplimiento oportuno. La responsabilidad extracontractual surge al transgredir un principio general de derecho: el **neminem laedere.** Existe un deber genérico de no dañar cuya violación da origen a la obligación de indemnizar los daños derivados de la comisión de un hecho ilícito (delito o cuasidelito). Conforme al artículo 19 de la CN *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".*

El plazo de prescripción para iniciar las acciones emergentes de un contrato es de diez años (art. 4023 C.Civ.) Mientras que, si estamos frente a un supuesto de responsabilidad aquiliana se reduce a dos años (art. 4037).

En cuanto a la extensión del resarcimiento, el deudor que no cumpliese las estipulaciones a su cargo responde si obra culposamente por los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Si la inejecución fuese maliciosa los daños comprenderán también las consecuencias mediatas (art. 521 C.Civ.) La responsabilidad extracontractual alcanza las consecuencias inmediatas, mediatas y aun las causales. Rige en este supuesto el principio de la

[1] ALTERINI, Atilio A., "Responsabilidad civil: límites de la reparación civil: contornos actuales de la responsabilidad civil", 3a. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, pág. 31.

reparación integral. Según el artículo 1078 la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. En materia contractual la norma respectiva carece de imperatividad. Es facultad del juez condenar al responsable a su reparación, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso (art. 522).

Con respecto a la prueba, si se pretende hacer valer la responsabilidad extracontractual contra alguien será necesario que el actor acredite la culpa del demandado. No sucede lo mismo, si se reclama judicialmente la ejecución de un contrato en donde se presume, iuris tantum y siempre que el actor no invoque dolo, que el incumplimiento es imputable al deudor quien para eximirse de responsabilidad deberá acreditar caso fortuito o fuerza mayor. Al acreedor, una vez probado el vínculo contractual le será suficiente con demostrar su propio cumplimiento o la existencia de una circunstancia eximente. Pero si la obligación asumida fuera de medios, en vez de resultado, como es imposible escindir el incumplimiento de la culpa la presunción resulta inaplicable. Es decir, el interesado deberá, en principio, probar la negligencia de la otra parte. En cambio, en las obligaciones de resultado el factor de atribución es objetivo, la no consecución del fin propuesto, es suficiente para tener por acreditada la responsabilidad del deudor salvo que pruebe la existencia de una causal eximente.

Estas son las principales diferencias en el régimen jurídico aplicable cuya mención tiene por objeto facilitar la comprensión del tema que se expone a continuación.

Responsabilidad Médica

Los profesionales de la salud pueden incurrir en diferentes tipos de responsabilidad: civil, penal y disciplinaria.

La responsabilidad civil médica constituye un capítulo dentro de la responsabilidad en general, por ende, se halla sujeta a iguales requisitos. Si el galeno, faltando a los deberes propios de su profesión ocasiona un daño por acción u omisión, culposa o dolosa, que le es imputable según las reglas de la causalidad debe resarcirlo. El factor de atribución, comúnmente, es subjetivo. Sin embargo, y aunque es menos frecuente puede ser objetivo. Más adelante volveremos sobre este punto.

En la mayoría de los casos la responsabilidad asumida por el médico es de naturaleza contractual, excepcionalmente puede ser extracontractual. "*Por ejemplo*[2]*:*

1. *Cuando los servicios médicos hubieren sido solicitados por una persona distinta del paciente, que no sea su representante legal.*
2. *Cuando el hecho generador de responsabilidad civil del médico constituye a la vez un ilícito penal, tornando procedente la opción legal del Art. 1107 del Código Civil.*
3. *Cuando el contrato médico sea nulo.*

[2] BUERES Alberto J., "Responsabilidad Civil de los Médicos", 2a. ed. act. corr. y amp., Buenos Aires: Hammurabi, 1992 T. I, pág. 162.

4. *Cuando el servicio médico es prestado de manera espontánea sin existir requerimiento previo (médico que presta auxilio a un accidentado en la vía pública).*
5. *En la hipótesis de atención a un incapaz de hecho sin poder comunicarse con su representante.*
6. *Cuando la relación entre el médico y paciente es impuesta coactivamente a éste, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o administrativa.*
7. *Cuando el médico actúa con la intención de causar el daño, es decir con dolo delictual, lo que configura un delito civil.*
8. *Si el paciente fallece como consecuencia de la atención médica y el reclamo lo realizan sus familiares".*

La ubicación en uno u otro tipo de responsabilidad incide en varios aspectos, de ahí la importancia práctica de distinguir frente a qué situación nos hallamos.

Para Llambías[3] lo que interesa es saber si el daño respondió a un incumplimiento de la obligación asumida por el médico, sin importar cual sea la causa de esa obligación. Por su parte Mosset Iturraspe[4] tiene dicho que tratándose de un daño a la salud la imputación es objetiva. Sin duda se trata de un tema muy delicado, admitir esta postura implicaría apartarnos de la equidad.

[3] LLAMBÍAS, Joaquín J., "Tratado de las Obligaciones", Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2007, T. IVB, pág. 107.

[4] MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Daño a la salud", La LEY, 24/02/2011,1.

Se ha cuestionado el carácter de la responsabilidad contraída por el galeno que presta sus servicios en un ente asistencial público llegándose a sostener su naturaleza extracontractual[5]. Empero, el hecho de que sea el estado uno de los contratantes no varia la esencia de esa responsabilidad[6].

De todos modos, independientemente de cuál sea el origen de la prestación médica, el profesional de la salud, siempre debe ajustar su accionar a la lex artis.

El ejercicio de la medicina se encuentra regulado por la ley 17.132 aplicable en el ámbito federal y en las provincias que adhirieron a la misma. Pero no es la única norma que establece deberes a cargo del médico. La ley 26.529 sobre Derechos de los Pacientes impuso, por ejemplo, el deber de informar y de obtener el consentimiento en forma genérica. Si bien, estas obligaciones ya formaban parte de la prestación médica por imperativo del artículo 1198 del Código Civil[7] e incluso se exigían ante determinadas ocasiones, con la sanción de dicha ley quedaron expresamente consagradas.

Naturaleza jurídica de la prestación

Las obligaciones civiles se pueden clasificar en obligaciones de medio y de resultado, dependiendo, de si el deudor se obliga a realizar aquellas

[5] Opina así BORDA, citado por FUMAROLA, Luis, "Eximentes de responsabilidad civil medica", Código Civil de Alberto j. Bueres, Elena Highton, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. 4- B, pág. 180.

[6] Opinan así TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil: el derecho en la actualidad, teoría y practica", 1a. ed., 2a. reimpr., La Ley, 2008, T. II, pág. 311. y BUERES, Alberto, Ob. cit., pág. 6.

[7] QUIRÓS, Pablo, "La culpa médica y el incumplimiento de deberes profesionales. Su revitalización a partir de la ley de derechos del paciente", LLGran Cuyo, 2011(marzo), 119.

diligencias que conducen a un resultado sin asegurar la obtención del mismo, o si se compromete a lograr un fin determinado, respectivamente.

Los médicos, independientemente de la especialidad de que se trate, asumen frente a sus pacientes obligaciones de medio. La ley 17.132 prohíbe a los profesionales que ejercen la medicina anunciar o prometer la curación o la conservación de la salud (art. 20). A su vez, el artículo 208 inc 2º del Codigo Penal reprime con prisión de quince días a un año a todo aquel que, "*con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiere la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles".* Su obligación consiste en poner al servicio del paciente todos sus conocimientos y actuar con la prudencia y diligencia que su estado requiere. Sin embargo, en todo acto médico existen riesgos inherentes. En este sentido, es de fundamental importancia el deber de informar que recae sobre los mismos y la obtención, salvo circunstancias excepcionales, del consentimiento antes de realizar cualquier procedimiento o intervención. No obstante, si pese a la obtención del consentimiento, el médico ocasiona un daño que le es imputable debe resarcirlo.

Dado el carácter de la obligación el actor deberá, en principio, demostrar la culpa del demandado. La sola acreditación del daño es insuficiente para inculparlo.

Excepcionalmente se admite la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que pone la carga de la prueba en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de probar ciertos hechos. ***"En virtud de dicha teoría, se impone el deber de cooperación que deben asumir los***

profesionales médicos cuando son enjuiciados. Ello por cuanto quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, debe hacerlo, destacándose asimismo el valor de las presunciones "hominis" que tienen un papel preponderante en vista a las dificultades probatorias con las que muchas veces se enfrenta el pretensor" [8].

Doctrinariamente se ha puesto en duda la naturaleza de la prestación a la que se obligan los cirujanos plásticos, especialmente si se trata de una cirugía estética. Según una tendencia, la obligación existente en estos casos es de resultados. Si bien es cierto que el paciente que se somete a este tipo de cirugía lo hace con el convencimiento de que va a quedar mejor, como en toda intervención los riesgos están presentes. En todo caso, supuesta la finalidad que motiva estas intervenciones, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el galeno deberá valorarse con mayor rigor, pero ello no cambia la naturaleza de la prestación. Al respecto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala A sostuvo: *"En las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente, sino más bien, a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte médico indican como conducentes para ello, según las circunstancias de las personas, del tiempo y de lugar"*[9].

---

[8] CNCiv., Sala K 13/07/11, "Cenicola, Ana Amelia c/ Snaidas, Lázaro y otros s/ daños y perjuicios", Boletín Trimestral de Jurisprudencia, CNCiv, Nº 2, 2011, pág. 40.

[9] CNCiv., Sala A, 16/07/2004, "Longo Gabriela R. v. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires y otros", Jurisprudencia Argentina, BS. AS, 22/12/2004, fasc. 12.

Consentimiento informado

¿Que es? La ley 26.529 sobre Derechos de los Pacientes en su Art. 5º lo define: *"Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:*

a) Su estado de salud;

b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c) Los beneficios esperados del procedimiento;

d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de

hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) *El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento".*

Highton y Wierzba[10] sostienen que consiste en: *"una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención".*

A partir de fines del siglo XX el auge de la bioética ha generado una revalorización del derecho a la autodeterminación. Atrás quedó el predominio de ideas paternalistas que concebían al médico como una especie de todopoderoso que decidía según su criterio sin consideración de la voluntad del paciente. El Código de Ética Médica vigente en nuestro país se enrola en esa postura prima, sobre el deber de informar, el tratamiento a efectuarse y la confianza puesta en el profesional.

Hoy en día, prevalece el principio de autonomía[11], el respeto por el derecho del paciente sobre su propio cuerpo, por la libertad de elección. Recientemente se ha sancionado la ley 26.742 que faculta a toda persona

---

[10] HIGHTON- WIERZBA, "Responsabilidad por consentimiento informado", Código Civil de Alberto j. Bueres, Elena Highton, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. 4- A, pág. 794.

[11] Según VIVIÁN ROCCA, Claudia, "El principio de autonomía es la base moral de la doctrina del consentimiento y rechazo informado". ("El principio de autonomía", Revista de la Sociedad de Ética en Medicina, Arg., 2004, Nº 10, pág. 14.)

que padece una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, a rehusar todo tratamiento encaminado a lograr el mantenimiento o prolongación de la vida de manera artificial.

El consentimiento informado está catalogado como un derecho humano fundamental y es obligación de los médicos la obtención del mismo previamente a la realización de cualquier procedimiento o intervención lo cual exige, que se cumpla con otro deber que es el de informar.

El derecho a la información ha sido consagrado explícitamente y ha quedado definido su alcance con la ley sobre Derechos de los Pacientes. Constituye uno de los derechos esenciales que enumera el artículo segundo.

La ley de Ejercicio de la Medicina dispone en su artículo 19 Inc. 3º que los profesionales de la salud, salvo circunstancias excepcionales enumeradas en la misma ley, deberán respetar la voluntad del paciente. En los casos de incapacidad, se requerirá la conformidad del representante del incapaz. Pero nada dice con relación a la información que debe preceder a tal consentimiento. Específicamente la ley 24.193 de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos hace referencia al deber de informar y delimita su contenido.

El consentimiento informado encierra cuestiones éticas y jurídicas. Para que una persona pueda decidir, razonadamente, primero debe conocer para colocarlo incluso en la posibilidad de que opte por no realizar tratamiento alguno, sin necesidad de expresar causa. Aquí es en donde se

hace evidente el conflicto entre el principio de autonomía y el de beneficencia[12].

Mosset Iturraspe[13] considera a la salud como un derecho individual y social perteneciente a la comunidad o sociedad civil. *"En la búsqueda de un estado de bienestar está interesado el titular, ser humano, y el resto de los integrantes de la colectividad. De donde, un daño, detrimento o deterioro compromete intereses privados y públicos. La salud en función social, el orden público de por medio".*

Deber de informar

La ley sobre Derechos de los Pacientes contempla, en su artículo 3 º, el **derecho a la información sanitaria**. Consecuentemente pone en cabeza del profesional interviniente el deber de informar al enfermo sobre: su estado de salud, los estudios, tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

"*En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado psíquico o físico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con él, o a la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad",* (art. 4 ley 26.529).

[12] Según este principio el médico sabe debido a su formación que es lo mejor para el paciente y debe actuar conforme a ello.

[13] MOSSET ITURRASPE, Ob. cit., pág. 9.

A su vez el artículo 5º del mismo cuerpo legal enumera los puntos que deben ser informados antes de obtener el consentimiento. Sin perjuicio de otros aspectos que a criterio del facultativo, deban darse a conocer para prevenir eventuales reclamos por responsabilidad.

Con anterioridad a su consagración legislativa la doctrina[14] señalaba que debía informarse acerca de:

a) La naturaleza del procedimiento a seguir. Es decir, si se lleva a cabo con fines diagnósticos, terapéuticos o experimentales, si la práctica es o no invasiva. Si es necesaria la utilización de anestesia, su duración, el lugar en donde va a llevarse a cabo, las partes del cuerpo afectadas por el tratamiento, etc.
b) Los beneficios que se esperan obtener. Este ítem se encuentra íntimamente relacionado con el factor riesgo.
c) Los riesgos. Debiendo diferenciarse, aquellos insignificantes y de escasa ocurrencia, de los más significativos, sucedan o no a menudo. En el primer supuesto mencionado no es necesario que sean informados, sí en el segundo. También quedan comprendidos los riesgos personalizados en función del estado de salud de cada uno.
d) Alternativas posibles. Si bien el médico ha tomado una decisión de cuál, a su entender, es el tratamiento más apto, lo mismo debe informar las alternativas existentes para que el paciente pueda evaluar y decidir de acuerdo a sus convicciones.

[14] HIGHTON- WIERZBA, Ob. cit., pág. 14.

La información, según se desprende de la ley, debe ser dada de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, salvo que se niegue a recibirla. De lo cual seria conveniente dejar constancia a fin de evitar incurrir en responsabilidad profesional o de otro tipo (Art. 21, ley 26.529).

Trigo Represas y López Mesa[15] consideran que el criterio para determinar qué se debe informar ha de ser la razonabilidad. Hay que buscar el justo medio entre dos extremos: el exceso y el defecto de información.

Respecto a los riesgos, la ley no diferencia y como "donde la ley no distingue no debemos distinguir" de ello surge que absolutamente todos deben ser informados. No obstante, es más lógica la distinción formulada por los especialistas de derecho en torno a su magnitud y posibilidades de materialización con relación al alcance del deber de informar. De otro modo la labor de los profesionales de la salud se volvería muy dificultosa, además quien lo desee puede realizar una interconsulta. Expresamente este derecho aparece mencionado en la ley 26.529. A tal efecto, podrá requerirse que la información sanitaria sea dada por escrito. Igualmente, no por ello el facultativo queda eximido de informar de manera suficiente, sin esperar la formulación de preguntas.

Una vez cumplido ese deber el paso siguiente es la obtención del consentimiento. De lo contrario éste último estará viciado y el acto médico se torna ilegitimo[16]. Solo después de que se han conocido las ventajas y

[15] TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. cit., pág.10.

[16] Opinan así TRIGO REPRESAS, Félix- LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. cit., pág.10, y QUIRÓS, Pablo, Ob. cit., pág.10.

desventajas del tratamiento propuesto se puede optar libremente por aceptarlo o rechazarlo.

Corresponde aclarar que el deber de informar comprende, no solo la etapa anterior a la prestación médica sino también la etapa posterior a la misma. Así lo entendió el máximo tribunal de la Provincia de Mendoza, sala I en fallo caratulado "Valles, Lidia c Cerutti, Rosana y otros"[17]. En este caso la actora demandó al médico por la perdida de la visión de un ojo sufrida a raíz de una complicación durante la operación de cataratas que el profesional interviniente omitió informar. Según surge de la causa únicamente se comunicó que podían surgir complicaciones de la intervención pero sin especificar cuáles. Del consentimiento informado se desprende que sólo se informó, a grandes rasgos, la posibilidad de que surgieran inconvenientes. Además, quedó probado que no se adoptaron las medidas de precaución que hubieran evitado la lesión sufrida por la actora. Todo ello sumado al incumplimiento del deber de informar posterior a la intervención, motivó el pronunciamiento de la Cámara que dejó sin efecto la sentencia de primera instancia y reconoció el derecho de la actora a una indemnización por los perjuicios padecidos. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza confirmó el fallo.

Legitimados para dar el consentimiento

Si el paciente, por ser incapaz o por sufrir algún impedimento físico o psíquico no pudiera expresar por sí su voluntad, se requerirá el

[17] SCJ de la Prov. de Mendoza, Sala I, 5/10/2010,"Valles, Lidia c. Cerutti, Rosana y ots", LLGran Cuyo 2011(marzo), 120.

consentimiento de las personas que menciona el artículo 21 de la ley 24.193 en ese orden de exclusión siempre que sean plenamente capaces (art. 6º ley 26.529).

En la opinión de Highton y Wierzba[18] el consentimiento informado no supone un acto jurídico sino una manifestación de voluntad. Con el vocablo capacidad se hace referencia a la posibilidad del sujeto de expresar su voluntad una vez comprendido el acto médico, sus consecuencias y haberlo analizado en relación a otros. Independientemente de la capacidad legal requerida para celebrar el contrato médico.

Otro sector de la doctrina[19] prefiere hablar de **competencia**. Importa que el enfermo comprenda lo que se le está informando, es decir, que pueda **discernir.** La edición de 1984 del manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos dispone que "*el consentimiento consiste en la explicación dada a un paciente atento y normalmente competente…"***.** Así una persona jurídicamente incapaz, como puede ser un menor, si goza de discernimiento podría decidir al respecto. El derecho del menor a ser oído ha sido reconocido, internacionalmente, por la Declaración de los Derechos del Niño que goza en nuestro ordenamiento jurídico de jerarquía constitucional. A nivel interno la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 24 reza: "*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;*

[18] HIGHTON – WIERZBA, Ob. cit., pág. 14.

[19] Opinan así KEMELMAJER DE CARLUCI, Aída y BORDA citados por HIGHTON – WIERZBA, Ob. cit., pág. 14.

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo". En armonía con ésta norma la ley 26.529 les acuerda el derecho a intervenir, en los términos de la Ley 26.061, a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

El decreto 1089/2012 que reglamenta la ley 26.529 aclara que, los profesionales de la salud deberán tener en cuenta la opinión de los menores según su **"competencia y discernimiento"**. Además prevé que, en el supuesto de que se genere un conflicto entre la voluntad expresada por el menor y la de sus representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley Nº 26.061. De este modo se busca equilibrar los intereses en juego del menor y el de sus padres en miras al ejercicio de la patria potestad que les corresponde o en defecto de éstos, los intereses del menor y los de su/s representante/s.

Ante situaciones de este tipo siempre habrá que estar al **"interés superior del menor"** y resolver según lo que sea mas favorable para el mismo.

A su vez toda persona capaz o competente, y en su defecto quien por ley corresponda, puede revocar la decisión tomada en relación al tratamiento a seguir. Los profesionales intervinientes deberán proceder conforme a la voluntad del paciente dejando constancia en la historia clínica. La legislación vigente, en la materia, fija las pautas a seguir en estos casos.

Forma de expresión

No existe obligación de instrumentar el consentimiento por escrito, sino en los supuestos previstos legalmente aunque, resulta conveniente a los efectos probatorios. Nada obsta a que éste sea dado verbalmente, lo que después requerirá de la prueba, por ejemplo, de testigos. La ley sobre Derechos de los Pacientes expresamente dice que el mismo será verbal salvo, determinadas excepciones: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación. f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

La ley 17.132 impone que en las operaciones mutilantes se deje, en principio, constancia escrita de la conformidad del enfermo.

Vázquez Ferreyra[20] afirma: *"por empezar, el consentimiento informado es un proceso prolongado que se va dando entre profesional y paciente, que*

[20] VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "El Consentimiento informado en la práctica médica", Código Civil de Alberto J.Bueres, Elena Highton, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. 4-A, pág. 839.

luego deberá instrumentarse en algún documento. El documento por excelencia es la historia clínica o la ficha médica del paciente.

Siempre insistimos que valen mucho más unas línea manuscritas en la historia clínica confeccionadas por el médico tratante en las que se deja constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus posibles alternativas que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente tuvo que firmar al ingresar al establecimiento".

Si se recurre, como suele suceder, a la utilización de formularios que responden a patrones genéricos estamos frente a un contrato de adhesión, insuficiente para probar que el paciente conocía las características y consecuencias de una u otra posibilidad diagnóstica o terapéutica en atención a su estado de salud.

La ley sobre Derechos de los Pacientes incluye al consentimiento informado entre los documentos que junto con otros integran la historia clínica.

Excepciones a la obtención del consentimiento.

Por disposición del artículo 9 de la ley 26.529, cesa el deber de obtener el consentimiento cuando mediare:

a) grave peligro para la salud pública;
b) una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Antes de que entrara en vigencia la mencionada ley la doctrina[21] preveía las siguientes excepciones:

a) La urgencia. Se presume que el paciente o las personas autorizadas hubieran dado el permiso para actuar a fin de evitar un mal mayor. Se trata de situaciones en donde los profesionales deben intervenir con premura e incluso de no hacerlo podría configurarse el delito de abandono de persona. Actualmente, por más que se trate de una emergencia el médico deberá, en principio y si es posible, requerir el consentimiento del paciente o de sus representantes.
b) El consentimiento implícito y la teoría de la extensión. Se entiende que el consentimiento implica una especie de permiso para que el profesional extienda su actuación, si en el transcurso de una intervención surgen condiciones inesperadas que necesitan ser tratadas, aunque no sea una emergencia. Lo que define la actuación del galeno es la conveniencia de llevar a cabo el procedimiento en ese momento en vez de posponerlo para prevenir consecuencias no deseadas.
c) La renuncia. El paciente puede negarse a recibir información y a decidir sobre los pasos a seguir. Diferentes frases pueden poner en evidencia su intención, delegando tales facultades en el médico. El derecho a la autodeterminación también se ejerce en éstos casos.
d) El privilegio terapéutico. Cuando el enfermo sufriera tal grado de desequilibrio emocional que la revelación de la información pudiera

[21] Opinan así HIGHTON- WIERZBA, Ob. cit., pág. 14.

serle perjudicial el profesional debe abstenerse de informar. Prevalece el principio de beneficencia.

En este sentido la ley 26.529 es más estricta, las excepciones están previstas taxativamente. Fuera de los supuestos expresamente mencionados, que deben ser interpretados con carácter restrictivo, la omisión de esta obligación de carácter legal constituye falta grave y el profesional será pasible de sanción disciplinaria sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera corresponder. Por el contrario *"Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma",* (art. 11 bis). Salvo que pese a haber obtenido el consentimiento exista daño que le sea imputable según las reglas de la causalidad. ***"El consentimiento informado no legitima conductas negligentes"***[22].

Responsabilidad civil por la no obtención del consentimiento.

¿Que sucede si se materializa un riesgo que no ha sido informado? ¿El profesional interviniente, deberá responder por la totalidad del daño sufrido? Para Pablo Quirós[23] el médico que omitiese informar sobre los riesgos previsibles asume, unilateralmente, la responsabilidad por los menoscabos que resulten del tratamiento o de la intervención quirúrgica practicada, aún cuando su actuación haya sido diligente. Se funda en el

[22] VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Ob. cit., pág. 22.

[23] QUIRÓS, Pablo, Ob. cit., pág. 10.

derecho del paciente a la autodeterminación, y su imposibilidad de ejercicio. Lo mismo si la información ha sido dada de manera incompleta.

En otro sentido[24], se ha interpretado que solo se debe indemnizar la lesión a ese derecho personalísimo, no la totalidad del daño padecido como consecuencia de la realización del riesgo debido a la ausencia de nexo causal entre la falta del consentimiento y el resultado final que puede obedecer a caso fortuito.

"La omisión de obtener el consentimiento informado, si bien constituye una afrenta a la autonomía del paciente y como tal una lesión a los derechos de la personalidad, no significa que los médicos hayan causado el daño, pues la lesión no obedece a culpa de los profesionales sino que constituye un riesgo propio"[25].

Distinto sería si se probara que el médico además de faltar al deber de obtener la conformidad del paciente o de las personas legalmente autorizadas, se apartó de la lex artis. Esto fue lo que sucedió en autos "B. de k.S, G.H.c Guevara, Juan A. y otros"[26]. En dicho caso el médico omitió informar al paciente sobre las consecuencias posibles de una cirugía que debía practicarse para extraer un quiste coloide situado en el tercer ventrículo cerebral. Con motivo de la consulta realizada por el señor K.S el doctor Guevara le aconsejó la extracción del quiste, advirtiéndole únicamente que se trataba de un lugar de difícil acceso y que entre las posibles secuelas a lo sumo podía esperarse una perdida de la memoria por

---

[24] VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Ob. cit., pág. 22.

[25] CNCiv., Sala E, 01/11/11, "Loria De Barbieri, Juana c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano y otro s/ daños y perjuicios", Boletín Trimestral de Jurisprudencia, CNCiv, Nº 3, 2011, pág. 43.

[26] CSJN, 28/09/2004, "B. de k.S, G.H.c Guevara, Juan A. y otros", La Ley, 2005 –A, 713.

seis meses. Efectuada la cirugía al paciente sufrió un accidente cerebro vascular por una crisis hipertensiva inmediata a la cirugía, padeció convulsiones, ingresó en estado de coma y tras varias semanas tuvo que ser nuevamente intervenido. Como resultado de todo ello el señor K.S quedó con una demencia vascular y con un deterioro funcional en las actividades de la vida diaria de tal grado, que con posterioridad fue declarado insano. La ausencia del consentimiento informado del paciente, sumado a la negligencia del profesional interviniente según quedó acreditado en la causa motivó el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que condenó al demandado a resarcir los perjuicios ocasionados a raíz de una mala praxis médica. La Corte Suprema de la Nación confirmó la sentencia en este punto.

El facultativo se exime de obtener el consentimiento, únicamente, en los supuestos previstos en la ley. Aunque, no se ha contemplado qué pasaría en aquellos casos donde la buena práctica médica aconseja extender la actuación más allá de lo consentido y el paciente se encuentra imposibilitado de manifestar su voluntad. Una solución podría ser requerir el consentimiento de los familiares que muchas veces suelen acompañar. Si no fuera factible habría que distinguir si existía o no un **estado de necesidad** que justificara el accionar del médico.

Prueba de la obtención del consentimiento

La carga de la prueba de la obtención del consentimiento recae sobre el médico. Si el profesional de la salud alega, para eximirse de

responsabilidad, que el paciente conocía las consecuencias posibles de la intervención debe probarlo. De todos modos, la otra parte podría presentarlo en juicio al efecto de demostrar que no se tuvieron en cuenta las particularidades de su caso como prueba de la negligencia del profesional actuante. La ley 26.529 le reconoce al paciente la titularidad de la historia clínica, y lo faculta a requerir copia autenticada de la misma, la cual deberá serle suministrada dentro de las 48 hs de realizado el pedido, salvo casos de emergencia. De esta manera, se facilita al paciente un elemento de prueba fundamental y decisivo contribuyendo a lograr la igualdad procesal de los litigantes. Ya vimos que el consentimiento informado es uno de los documentos que forman parte de la historia clínica.

Legislación vigente en la provincia de La Pampa

En nuestra provincia el ejercicio de la medicina se encuentra regulado por la ley 2.079. Si bien, la mencionada ley es bastante similar a la ley 17.132 presenta algunas variantes que merecen ser destacadas sobre todo si se tiene en cuenta que se encuentra vigente desde antes que se sancionara la ley 26.529.

El artículo 8 º de la ley provincial establece entre las obligaciones que recaen sobre los profesionales de la salud la obligación de informar al paciente o a su/s responsable/s, a través de una explicación clara y precisa la naturaleza del proceso salud-enfermedad, así como también del balance entre los efectos del mismo y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos o intervenciones recomendables. A su vez exige que la

presentación de la información sea realizada con un lenguaje comprensible, no tendencioso y adecuado al receptor.

Con ello se busca que sea el paciente quien decida sobre el tratamiento a seguir luego de haber recibido la información necesaria acerca de los procedimientos, prácticas o intervenciones aconsejables. Incluso, si el enfermo opta por no realizar ninguno de los tratamientos propuestos y/o indicados los facultativos están obligados a respetar su voluntad (art. 8 inc k).

En cuanto al consentimiento informado el artículo 21 inc. e dispone: "*Solo a continuación de los requisitos señalados en el inciso m) del Artículo 8º, se le solicitará a el/los interesado/s su aprobación para ser sometido a los procedimientos, prácticas o intervenciones. El/los informados deberán ser respetados ante la presentación de su voluntad negativa posexplicación, registrando por escrito y bajo firma del profesional informante y del interesado/s informados, la negación o aceptación"*

Como se ve, los profesionales que ejercen la medicina deben requerir la conformidad del paciente antes de realizar cualquier intervención salvo: los casos de inconciencia, alienación mental, lesiones graves, tentativa de suicidio y en aquellos en que corra riesgo la vida. No obstante, y pese al silencio de la ley aún en estos supuestos podría requerirse el consentimiento de los familiares sobre todo si se tiene en cuenta lo dispuesto por la ley 26.529.

Un punto importante para destacar es la exigencia en cuanto a la forma que debe revestir el consentimiento informado. El mismo, según surge

de la ley, debe “ser escrito” pero nada dice respecto en poder de quién debe quedar dicha copia. Lo ideal, sería que se realice en doble ejemplar a fin de preservar la igualdad de las partes ante un eventual litigio aunque no es lo que sucede en la práctica.

De todos modos, ahora los pacientes pueden solicitar copia de la historia clínica en virtud del derecho que les reconoce la ley 26.529 pero como vimos esta ley solo excepcionalmente exige que el consentimiento sea dado por escrito aunque, dentro de las excepciones, están contempladas una gran cantidad de situaciones.

Presupuestos de la responsabilidad civil médica

a) ***Daño.*** Para que nazca la responsabilidad civil es necesario que exista daño. Es decir, se debe haber lesionado un derecho subjetivo ajeno. A su vez ese daño debe reunir ciertos caracteres. En primer lugar debe ser cierto, no basta la mera probabilidad de que pueda suceder. También, es necesario que sea apreciable pecuniariamente así lo exige el art 1068 del Código Civil y puede ser directo o indirecto según el bien jurídico afectado. Pero la clasificación más importante es la que distingue entre daño patrimonial y moral. El daño patrimonial consiste en un detrimento o deterioro en los bienes -daño emergente-, también puede afectar la capacidad del sujeto de generar ingresos económicos – lucro cesante- o bien privarlo de un bien futuro que esperaba obtener- perdida de la chance- . En cambio, en el daño moral existe una afectación de índole espiritual debido a los sufrimientos que le provoca a la víctima o a sus familiares el hecho dañoso.

La extensión del resarcimiento varía en función del tipo de responsabilidad además, también va a depender de si el sujeto al cual se le imputa el daño obró, con culpa o dolo.

En lo que concierne a la cuantificación del daño en las demandas por mala praxis médica, depende de cuál sea el rubro que se reclama. Respecto del daño emergente, los tribunales aceptan que no es necesaria la comprobación exacta de los gastos de atención médica y medicamentos siendo suficiente que guarden congruencia con la índole e importancia de las lesiones sufridas. Otro parámetro que se tiene en cuenta es el porcentaje de incapacidad que puede traer aparejado el daño para lo cual varios tribunales nacionales o provinciales suelen recurrir a la utilización de formulas matemáticas o a baremos preestablecidos como los de Rubinstein, que el máximo órgano judicial del país ha desaconsejado por apartarse de la equidad del caso sometido a consideración.

"***Lo que realmente interesa es la repercusión de ese daño en el desenvolvimiento diario de cada persona, considerando no solo la faz laboral sino también la vida de relación del individuo"***[27].

En cuanto al daño moral la jurisprudencia ha dicho que no es menester su prueba concreta cuando existen lesiones corporales. En este supuesto se habla de una indemnización reparatoria porque lo que se pretende, es aliviar el dolor o sufrimiento de la víctima o de sus familiares.

El artículo 1078 del Codigo Civil legitima para reclamar la indemnización del daño moral, en los supuestos de responsabilidad

[27] SCJ de la Prov. de Mendoza en fallo citado en pág. 19.

extracontractual, al damnificado directo y solo en caso de que este falleciera a los herederos forzosos. Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala L en "L., S. y otro c/ Hospital Británico y otro s/ daños y perjuicios"[28] declaró la inconstitucionalidad de este artículo y reconoció la legitimación de los padres de un menor que a consecuencia de una enfermedad sufrida por la madre durante el embarazo que no fue detectada se la transmitió a su hijo provocándole una incapacidad absoluta. La Cámara dijo lo siguiente: *"La limitación de los padres como legitimados indirectos deviene inconstitucional porque violenta el derecho de reparación integral del daño, vulnera el principio de igualdad, al reconocer al damnificado indirecto sólo la reparación del daño material, y lesiona el principio de protección integral de la familia -de base constitucional y supranacional-, al no permitir que se repare el inconmensurable dolor de los progenitores. La gravedad del daño del menor, en tanto víctima primaria, repercute necesariamente sobre sus padres al alterar el desenvolvimiento cotidiano y la libre y serena existencia, ya que deben dedicarle tiempo propio a su asistencia. Los progenitores son víctimas secundarias que sufren un perjuicio por la repercusión de ese actuar contrario a derecho, habida cuenta que existe una conexión objetiva entre esta situación y la del damnificado directo".*

b) ***Factor de atribución****.* Si el profesional de la salud ocasiona un daño que le es imputable debe resarcirlo. El factor de atribución puede ser subjetivo u

[28] CNCiv., Sala L, 15/10/09, "L., S. y otro c/ Hospital Británico y otro s/ daños y perjuicios", Boletín Trimestral de Jurisprudencia, CNCiv, Nº 1, 2010, pág. 14.

objetivo. En la mayoría de los casos el factor de atribución es subjetivo sea que medie culpa o dolo de parte del médico.

Actúa con culpa el profesional que omitiese realizar aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la prestación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar ya sea por impericia, imprudencia o negligencia. Siendo además aplicables los artículos 902 y 909 del Código Civil en razón de la confianza depositada por el paciente en el médico elegido siempre, que la responsabilidad sea de índole contractual.

Como ya se dijo, el médico asume frente a su paciente una obligación de medios, más precisamente de medios adecuados. Todo su accionar debe estar encaminado a lograr el restablecimiento de la salud o mejoría del enfermo lo cual requiere, que éste actúe diligentemente desde el momento mismo en que se inicia la prestación del servicio. Ello implica, la necesidad de llevar a cabo un diagnóstico cierto que permita establecer cuál es el tratamiento más apto a seguir. No obstante, debe tenerse en cuenta que la medicina, lejos de ser una ciencia exacta, constituye una rama del saber en donde predomina la materia opinable. Con acierto se ha dicho que *"la culpa comienza cuando terminan las discusiones científicas y no puede exigírsele a un médico más de lo que sea posible hacer al promedio de quienes desempeñan igual profesión o especialidad"*[29].

[29] TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. cit., pág. 10.

La lex artis entendida como el conjunto de normas, en sentido amplio, que rigen la labor médica sirve a los efectos de determinar si existió o no un obrar culposo e incluso doloso por parte del facultativo.

El tipo de comparación para apreciar la culpa, según Fumarola[30], debe ser a la vez objetivo y subjetivo, complementándose uno a otro. Es objetivo o abstracto cuando se recurre a un estereotipo determinado, por ejemplo, el "buen padre de familia" o "el buen profesional". En cambio, si se tiene en cuenta al sujeto en sí y la conducta que era debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar el tipo de comparación es subjetivo o concreto. El mencionado autor propone que ante un caso particular el juez evalúe la conducta del demandado según la naturaleza de la obligación, las circunstancias fácticas de persona, tiempo y lugar y la compare con la conducta debida, a la que estaba obligado en virtud de la ley, el Código de Ética Médica o convención particular. Siendo también relevantes los protocolos de actuación médica que sirven a modo de guía para determinar cual era el camino correcto a seguir ante determinadas situaciones.

De todos modos, habrá que tener en cuenta que en la materia prevalece el principio de discrecionalidad en función del cual el médico puede optar por el procedimiento terapéutico que juzgue más conveniente.

Un "**error excusable**" en el diagnóstico o tratamiento elegido exime de responsabilidad al galeno. Conforme lo prescribe el artículo 929 del codigo civil el error es excusable cuando existe razón para errar, pero no

[30] FUMAROLA, Luis, Ob. cit., pág. 10.

podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable. Borda[31] al respecto manifiesta *"…un excesivo rigor en la apreciación de la culpa médica deviene así injusta. Pero también es verdad que so color de que la medicina no es una ciencia exacta, no puede pretenderse una impunidad ante cualquier negligencia. Los jueces deben meritar prudentemente en cada caso la conducta seguida por el profesional y hacerlo o no responsable de sus errores, apreciando su conducta sin excesivo rigor, pero también sin excesiva lenidad".*

Fumarola[32] considera que la valoración del error de diagnóstico y tratamiento debe efectuarse *"conforme al sistema de apreciación de la culpa, haciendo aplicación de los artículos 512, 902, 909 y 929 del Código Civil; y especialmente teniendo en cuenta el carácter limitado y aleatorio de la ciencia y técnicas médicas, el caso de duda, deberá ser considerado entonces como un impedimento para la adjudicación de responsabilidad a los médicos, por el hecho dañoso acaecido".*

Una forma de prevenir eventuales reclamos es mantenerse permanentemente informado de los progresos concernientes a su disciplina.

Además de la necesidad de llevar a cabo un diagnóstico y tratamiento que se adecuen a las necesidades del paciente el facultativo no puede dejar de asistirlo intempestivamente ya que de lo contrario incurre en una conducta antijurídica es más, Trigo Represas y López Mesa[33] consideran que el profesional que contraríe este deber obra "dolosamente".

---

[31] Citado por FUMAROLA, Luis, Ob. cit., pág. 10.

[32] FUMAROLA, Luis, Ob. cit., pág. 10.

[33] TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. cit., pág. 10.

El profesional de la salud responde, además, por el daño que causaren sus dependientes y las cosas utilizadas en el acto médico. En estos casos el factor de atribución es objetivo. En la órbita contractual el galeno asume, respecto de sus dependientes, una **obligación tácita de seguridad** conforme surge de los artículos 504 y 1198 del código civil. Asimismo el artículo 19 inc. 9 de la ley 17.132 establece la **responsabilidad solidaria** de los profesionales que ejerzan la medicina por los perjuicios que provocaren sus auxiliares en razón de que pesa sobre aquellos el deber de fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones impartidas y que actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización.

Ante una demanda de este tipo habrá que ver si existe una relación de dependencia que determine la responsabilidad indirecta del jefe del equipo médico de lo contrario no debe responder. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en "M., F. G. c. J., E y otros"[34] sostuvo: *"la autonomía científica y técnica que caracteriza la función del anestesista obsta al establecimiento de una relación de subordinación con el cirujano quien carece de facultades para ejercer un control o vigilancia respecto de los actos propios de otra incumbencia profesional".*

Si no media un contrato previo a la prestación del servicio se aplica el artículo 1113 del código civil, primer párrafo.

Respecto de los daños originados por las cosas no hay que confundirlo con el daño que pudieran causar los profesionales de la salud con las cosas que utilice. En este último supuesto prevalece el acto humano.

[34] CSJN, 17/03/1998, "M., F. G. c. J., E y otros", La Ley Online.

En definitiva, el daño responde a una actuación negligente del médico interviniente que se vale de la cosa como instrumento para llevar adelante su labor.

No sucede lo mismo, si el daño se debe al riesgo o vicio propio de la cosa. Entre las obligaciones que emanan del contrato médico el profesional tiene a su cargo, a tenor del principio de buena fe que rige las relaciones contractuales, un **deber de seguridad-resultado** por las cosas que use en el desempeño de su profesión consistente, en asegurar que de su empleo no se va a derivar un perjuicio. La sola infracción de ese deber hace presumir la responsabilidad del galeno e invierte la carga de la prueba.

Si estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual la situación está contemplada expresamente en el artículo 1113 segundo párrafo del Código Civil, el cual alude a la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa, salvo que pruebe la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Trigo Represas y López Mesa[35] citan, en base a la jurisprudencia, algunos ejemplos de daños ocasionados por el vicio o riesgo de la cosas, como ser: *"la utilización de un bisturí eléctrico en corto circuito, que al ser utilizado, existiendo además una mala aislación del paciente colocado en la camilla, provoca un arco voltaico que lo descerebra; el implante de un catéter-marcapasos reciclado no desinfectado debidamente, que causa al día siguiente un shock séptico que culmina con la amputación de ambas manos y piernas del paciente; los vicios del instrumental utilizado por el*

[35] TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. cit., pág. 10.

odontólogo; a la transfusiones de sangre con sida o aún de sangre sana pero de distinto grupo sanguíneo y que ocasiona un shock hemolítico. También mencionan ejemplos de cosas que encierran en si mismas una potencialidad dañosa y pueden traer aparejado un mal extraño a la enfermedad que aqueja al paciente como sucedió con una persona que al no serle cubierta la vista con laminas de plomo en un tratamiento de radioterapia quedó ciega".

c) *Relación de causalidad*. Otro requisito que debe concurrir para que la responsabilidad civil tenga lugar es el nexo causal entre la conducta de un sujeto y el daño ocasionado a otro ya sea en su persona o en sus bienes.

Existen diferentes teorías acerca de la relación de causalidad entre ellas: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la condición preponderante, la teoría de la causa eficiente y la teoría de la causalidad adecuada que ha sido receptada por nuestro Código Civil en su artículo 906 tras la reforma introducida por la ley 17.711.

La relación de causalidad adecuada se configura en función de la probabilidad seria de un resultado. No requiere certeza absoluta pero tampoco alcanza la mera posibilidad de que cierto suceso haya producido ese resultado.

La determinación del nexo causal va a permitir establecer si el profesional es el autor **material** de los daños y al mismo tiempo fijar la extensión del resarcimiento.

Quien desee obtener una indemnización por los perjuicios sufridos a causa de una supuesta mala praxis médica deberá probar el vínculo causal

entre la acción u omisión del demandado y las consecuencias dañosas que se le atribuyen más allá de su culpa o dolo.

"Ahora bien, acorde con la naturaleza misma de la relación de causalidad adecuada, normalmente su prueba se satisface con la del hecho mismo y la de las consecuencias ocurridas, así como de las circunstancias de tiempo, lugar y modo que caracterizan a ambos, pues a partir de esos datos el magistrado debe juzgar si el primero reviste idoneidad para haber producido el resultado"[36]***.***

En materia de responsabilidad civil médica adquieren relevancia las **presunciones hominis** a las que arriba el juez una vez acreditado el hecho, las circunstancias fácticas que lo rodean y sus efectos dada la situación favorable en la que se encuentra el médico respecto del paciente y las dificultades probatorias de este último.

Las mismas deben estar fundadas en hechos reales y probados y ser graves, concordantes y precisas.

d) ***Antijuricidad.*** La antijuricidad es el requisito restante que debe concurrir para que surja la responsabilidad civil y consiste en la violación de aquellas obligaciones que vienen impuestas por la ley o que han sido asumidas contractualmente.

Tanto la ley 17.132 como la ley 2.079 en el ámbito provincial y la ley 26.529 sobre derechos de los pacientes consagran una serie de obligaciones en cabeza de los médicos. Ya analizamos la obligación que pesa sobre los profesionales que ejercen la medicina de obtener el consentimiento del paciente una vez cumplido el deber de informar, ahora

[36] SCJ de la Prov. de Mendoza en fallo citado en pág. 19.

nos detendremos en el deber de asistencia, por ser uno de los que siguen en orden de importancia aunque, el abanico de deberes es mucho más amplio.

El artículo 2º de la ley 26.529 reconoce el **derecho a la asistencia** y consecuentemente dispone: "*El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente*". Ya con anterioridad a esta ley la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro"[37] se había pronunciado acerca de la exigibilidad jurídica de este deber. En dicho fallo la actora, esposa de un afiliado a la obra social demandó a ésta por la reparación del daño ocasionado por la muerte de su esposo a causa de una negligente asistencia del médico de guardia en el establecimiento de propiedad de la demandada. Con motivo de una indisposición, el afiliado y su esposa habían concurrido a la clínica pero la atención les fue denegada debido a que no portaban el carnet de la obra social. El tiempo que demoraron en ir a buscar el carnet agravó el estado de salud del afiliado e hizo que éste falleciera de un infarto. La parte demandada argumentó, en su defensa, que la demora en atender a la víctima estaba fundada en razones de seguridad dadas las sospechas de que podía tratarse de un asalto. En primera instancia se hizo lugar a la acción. Apelada la sentencia la Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial revocó el

[37] CSJN, 24/10/1989, "Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro", La Ley Online.

pronunciamiento. Lo que motivó la interposición del recurso extraordinario ante La Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente se dejó sin efecto la sentencia del a quo. Para resolver de ese modo el máximo tribunal examinó el deber de asistencia que recae sobre los médicos. Al respecto señaló que, *"pesa sobre los mismos el deber jurídico de obrar no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Cód. Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el* ***Cód. Internacional de Etica Médica, el Cód. De Etica de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra****".* Máxime si se tiene en cuenta la índole de los derechos en juego, la vida y la dignidad, preexistentes a todo ordenamiento positivo. A su vez la Cámara no había ponderado que la ausencia de una atención oportuna fue lo que frustró la chance de supervivencia de la victima. Tampoco se había tenido en cuenta que la exigencia del carnet de afiliado no resultaba una obligación preestablecida por el centro asistencial.

El alcance de este deber, como así también de los restantes que fueron analizados a lo largo del presente, no varía por el hecho de que la obligación asumida por el médico lo haya sido a través de un contrato previo a la prestación o sin él, en virtud de lo prescripto por el artículo 21 del Código Civil.

Si se prueba que el daño obedeció a la falta de asistencia el profesional debe responder, aunque este último podría probar que pese a su actuación diligente lo mismo el daño se hubiese producido. En tales casos,

la indemnización se limitará a la **pérdida de la chance** de curación o sobrevida debido a que la intervención oportuna habría únicamente aminorado los efectos de un proceso natural que podía suceder de todos modos según el curso ordinario de las cosas.

Jurisprudencia de la provincia de La Pampa

"Tuban María Electra c. Rigutto Jorge L. y otros sobre daños y perjuicios". En este caso la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a los demandados a resarcir los perjuicios ocasionados por una omisión culposa en la conducta debida al paciente y por la violación del deber de seguridad, al no realizar los controles post quirúrgicos necesarios para detectar la infección que costara la vida del señor Enrique Lucero.

Asimismo, la condena se hizo extensiva al establecimiento asistencial en virtud de considerarlo responsable por el servicio que prestan los médicos que contrata y por la obligación de seguridad e indemnidad tácita emanada del contrato conforme surge del artículo 504 del Codigo Civil sin que sea relevante si es el establecimiento quien le paga a los médicos o éstos quienes requieren sus instalaciones por un canon, para desarrollar su actividad.

Hechos del caso. El señor Enrique Lucero fue operado en el Polymedic el día 22/8/2001 de un quíntupla by pass de corazón permaneciendo internado hasta el día 27/8/2001 en que fue dado de alta. El día 29/8/2001 regresó al establecimiento asistencial para que se le retiran

los puntos estando muy disminuido pero, según lo dicho por la actora, pese a su reclamo los médicos hicieron caso omiso y le dijeron que debía regresar a control recién el día 6/9/2001 fecha en la cual fue internado diagnosticándosele una infección en el mediastino (mediastinitis).

Si bien no pudo determinarse con precisión cuál fue la causa de la infección (gérmenes que se alojan en la piel, orificios del aparato respiratorio, digestivo y genito-urinario, o por el ambiente quirúrgico y todo lo que el mismo incluye) si quedó probado que se originó a partir de la intervención quirúrgica y su carácter exógeno por lo que el a quo arribó a la conclusión de que se trató de una **infección intrahospitalaria**.

Uno de los argumentos dados por los demandados en su defensa fue que la infección contraída se debió a un alea o riesgo propio de la intervención y que además la enfermedad se vio agravada por una **omisión negligente de la víctima**, por haber demorado en realizar la consulta. Pero, como lo sostuvo el a quo, no puede pretenderse imputarle negligencia al paciente cuando los propios médicos que lo atendieron, el día 29 de agosto, le restaron importancia a los síntomas que presentaba y lo mandaron de regreso a su domicilio sin realizarle ningún tipo de análisis o control citándolo nuevamente recién para el día 6/9/2001 o sea 15 días después de la cirugía.

"No es el paciente quien puede evaluar cuales síntomas son importantes o no en relación al riesgo de una infección".

Además el juez tuvo en cuenta que en la **historia clínica** del paciente no había constancia de la consulta realizada el día 29 de agosto. "***Si bien los codemandados aportaron la historia clínica con todo detalle de lo acontecido, en***

la misma no ésta contemplado un dato de fundamental importancia cual es la consulta realizada el día 29 de agosto; lo que no puede concluirse pues sino en que ello constituye una presunción en su contra. Ello me permite dar credibilidad a lo expuesto por las actoras en el sentido de que pese al reclamo de las mismas efectuado el día 29 de agosto por el estado en que se encontraba el Sr. Lucero, los médicos no realizaron ningún control".

Como puede observarse, la historia clínica es de fundamental importancia en los juicios por mala praxis médica y las omisiones de que adolezca constituyen una presunción en contra del profesional. Ello sumado a otros elementos de prueba le permite al juez arribar a la convicción acerca de si existió o no un obrar culposo por parte del médico.

"Luoni Pierri de Pérez Sampallo c/ Muñoz de Bercetche Ana María y otros s/ daños y perjuicios" y "Perez Sampallo Juan Domingo por sÍ y en representaron de sus hijos menores c/ Muñoz de Bercetche Ana M.; Clínica Materno Infantil Santa Ana S.A.; Maraschini Silvia Liliana s/ daños y perjuicios". En el presente fallo se condenó a los demandados a resarcir los perjuicios ocasionados a raíz de una mala praxis médica. Según quedó acreditado en la causa la inducción prolongada del parto fue lo que provocó la muerte de la recién nacida y además, debido a complicaciones surgidas durante el mismo, debió practicársele a la madre una histerectomía privándola de la posibilidad de concebir en un futuro lo cual no solo afecta a ésta sino también a su esposo.

Una de las co-demandadas, la doctora Muñoz de Bercetche, al interponer recurso de apelación alegó que *"el a quo erró al apartarse de la*

más reciente doctrina que sostiene que al médico solo puede responsabilizárselo cuando se prueba que el tratamiento adoptado constituye un grave y grosero error, inexcusable en un graduado y no cuando, al ofrecérsele varias actitudes admisibles científicamente elige aquella que a su juicio y según las particularidades del caso resulta mas apta" agravio que fue desestimado por la Cámara al considerar con acertado criterio que no cabe formular distinciones respecto de la culpa medica, "*no hay que analizar la existencia de una culpa especial que soslaye una equivocación menor, sino objetivamente el obrar culposo en el caso concreto, conjugado con la sabia disposición del artículo 902 del C.C. que concurre para intensificar o afirmar su concepto, en la especialidad".*

Como se dijo anteriormente lo que exime de responsabilidad al galeno es la existencia de un **"error excusable"** pero en modo alguno puede confundírselo con la necesidad de que exista culpa grave, por parte del médico, para tener que responder. Esta categoría ni siquiera ha sido receptada por nuestro ordenamiento jurídico. La noción de culpa es unívoca y no admite distinciones, la culpa médica no difiere del resto.

Por otra parte la Clínica Santa Ana, se agravia porque el a quo condenó al establecimiento asistencial en virtud de una responsabilidad contractual alegando que dicha vinculación se encuentra limitada a la prestación de servicios específicamente sanatoriales como deber de actividad o de puesta a disposición de los medios ofrecidos y contratados. Agregó que el a quo cayó en el error de considerar al deber de seguridad como una obligación de resultado cuando el servicio no incluye la prestación

médica especifica. También argumentó que la clínica no mantiene con las restantes co-demandadas ningún tipo de relación de dependencia. La Cámara confirmó el pronunciamiento y para ello tuvo en cuenta la obligación de seguridad-resultado que asumen los establecimientos asistenciales en virtud de lo previsto en el artículo 504 del Código Civil. Una vez probada la culpa de los galenos, el nosocomio debe responder atento el deber de seguridad y protección que le compete respecto del paciente siendo su responsabilidad directa y de índole contractual en razón del doble juego de relaciones que surgen de la estipulación a favor de terceros (art. 504 C.Civ.).

Por su parte la doctora Maraschini -partera- en segunda instancia argumentó que el a quo le atribuyo responsabilidad por hechos y actos que escapan a su incumbencia profesional. También manifestó que el proceso estaba dirigido y controlado por la otra médica. En este punto la Cámara sostuvo que por su formación y participación en el parto debió haber percibido que la parturienta no respondía a los cánones de un parto normal por lo cual era necesario practicar una cesárea. Se agravia también por la condena “in solidum” del a quo por considerar que se aparta del principio general de la obligaciones simplemente mancomunadas peticionando se discrimine el porcentaje de culpabilidad. Al respecto la Cámara señaló que en razón del doble juego de relaciones que les compete a los demandados, frente al paciente -por tratarse de una estipulación a favor de terceros- , la obligación asumida ante este último es una sola con pluralidad de vínculos que convergen en un haz que infunde a las obligaciones una estructura unitaria.

Otro punto para destacar del fallo es lo resuelto por la Cámara respecto de uno de los rubros reclamados en concepto de pérdida de la chance por la muerte de la hija, el cual fue rechazado en primera instancia. El tribunal señalo que "*la chance perdida no solo contempla la situación económica actual sino que toma en consideración que nadie puede asegurar el futuro"* cita para ello un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación caratulado "Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A". En el cual el máximo tribunal sostuvo que *"pretender desestimar la indemnización por perdida de la chance fundándose en la holgada situación económica de los progenitores abre camino hacia odiosas discriminaciones que reposan en una óptica parcializada de la realidad, conforme la cual la reparación por la perdida de un hijo habrá o no de consentirse en función del caudal patrimonial de sus padres razonamiento que no parece acorde con la letra y el espíritu de nuestra legislación , ni con el principio que dimana del artículo 16 de la Constitución Nacional".*

"González Mella Alexiris y otros c/ provincia de La Pampa y otros s/ daños y perjuicios" En este fallo se condenó a los demandados a resarcir los perjuicios ocasionados por el fallecimiento de la señora Hilda Palma Mendel a causa de una deficiente atención médica. La señora Hilda Palma Mendel fue derivada desde la posta sanitaria al hospital Lucio Molas con un cuadro de abdomen agudo. Luego de habérsele practicado algunos estudios se dispuso que la paciente regresase a su domicilio cuando según surge de la causa la conducta apropiada hubiese sido disponer la internación de la misma para poder realizar el seguimiento del proceso de cerca, con un

control efectivo por parte de los facultativos y así poder abordar lo más rápido posible las consecuencias no deseadas sobre todo si de los estudios practicados resultaba que podía tratarse de una apendicitis perforada.

Uno de los argumentos sostenidos por los demandados en su defensa fue que no había existido el alegado error de diagnostico y tratamiento y que los estudios que se practicaron eran necesarios para poder determinar con exactitud, cual era la enfermedad que aquejaba a la paciente a fin de poder encarar así un tratamiento adecuado, ya que además no se les había indicado que se tratase de una urgencia. Si embargo, como la nota de derivación de la paciente no fue presentada en juicio el juez pondero esta circunstancia **a favor de los actores** quienes defendieron la postura contraria, es decir que si se trataba de una urgencia.

También argumentaron que la omisión de la paciente de realizar una nueva consulta ante el agravamiento del dolor fue el hecho determinante que produjo su deceso. Pero según quedó acreditado en la causa fueron los médicos quienes incurrieron en una **omisión culposa** al no disponer la internación de la señora Hilda Palma Mendel.

Cláusulas exonerativas de responsabilidad

Las cláusulas exonerativas de responsabilidad son aquellas a través de las cuales se libera de responsabilidad al sujeto obligado a cumplir una prestación determinada en el hipotético caso de que no cumpla con la prestación debida. Cabe aclarar que solamente se admite la eximición de la responsabilidad civil contractual por culpa. El artículo 507 del Código Civil

prohíbe expresamente que el dolo sea dispensado en el momento en que se contrae la obligación.

La eximición contractual de la culpa puede ser total o parcial. Llambías[38] admite únicamente la dispensa parcial por considerar que la dispensa total es contraria al bien común y a las buenas costumbres pese, a la falta de prohibición expresa que es el argumento en el cual se basa la mayoría de la doctrina para sostener la validez de las cláusulas que eximen totalmente de responsabilidad al deudor.

Hecha la introducción al tema ahora corresponde preguntarnos acerca de la validez de tales cláusulas en el contrato médico. Existen dos posturas al respecto, una a favor y otra en contra. Quienes se inclinan por la invalidez de dichas cláusulas tienen en cuenta diversos factores. En primer lugar, el objeto de la prestación. El deber principal del médico consiste en brindar asistencia idónea a su paciente encaminada a lograr el restablecimiento de la salud. De admitirse este tipo de cláusulas se estaría desnaturalizando la obligación asumida.

Por otra parte, la autonomía de la voluntad encuentra su límite en el orden público. Es sabido que esta materia, debido a la índole de los derechos en juego, se encuentra gobernada por normas de orden público.

Si a ello le sumamos que en la mayoría de los casos nos hallamos ante un contrato de adhesión, aceptar dichas cláusulas significaría apartarnos de la buena fe que debe regir las relaciones contractuales.

[38] LLAMBÍAS, Joaquín, “Tratado de las Obligaciones”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, T. I, pág. 131.

El anteproyecto de reforma del Código Civil en su artículo 1739 establece: *"son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas o son abusivas. Son también invalidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, el daño sufrido por dolo del deudor o de las persona por las cuales debe responder".* Con lo cual, de modificarse el Código Civil ya no podría sostenerse la validez de tales cláusulas en tanto que son contrarias a la buena fe que, como ya se dijo, debe regir las relaciones contractuales. Además, habría que ver si dichas cláusulas no son abusivas. Actualmente la ley 24.240 en su artículo 37 establece la nulidad de las mismas, pero y acá ya entramos en otro ámbito de discusión atento que habría que determinar primero, si la mencionada ley es o no aplicable a la relación médico-paciente. En principio, si nos atenemos al texto estricto de la ley la prestación de servicios llevada a cabo por el médico escaparía de su ámbito de aplicación conforme surge de su artículo 2º, aunque es cuestionable ésta exclusión debido a que la actividad médica se desenvuelve dentro del mercado y que la finalidad de la ley es proteger tanto a los consumidores de bienes como a los usuarios de servicios, por ser éstos la parte más débil de la relación.

En los últimos tiempos el cambio de paradigma, en lo que respecta al vínculo que une a los profesionales de la salud con sus pacientes ha contribuido en cierta forma a "deshumanizar" el ejercicio de la medicina. Hoy en día la actividad médica, como otras que consisten en la prestación de un servicio a cargo de profesionales, no deja de ser una actividad comercial.

Por eso, es criticable que el paciente no cuente con la protección que brinda la ley de defensa del consumidor más aún si estamos hablando de que está en juego un derecho fundamental como lo es la salud tutelado por nuestra Constitución Nacional en su artículo 42 y por más que se quiera evitar que la medicina se trasforme en una actividad motivada por intereses económicos, en vez de humanitarios, la realidad parece dar cuenta de la situación contraria.

Si se admitiera, que el servicio que presta el médico debe ser calificado como una relación de consumo la nulidad de tales cláusulas es indiscutible. Incluso, de no ser así se puede llegar a la misma conclusión en virtud de lo dispuesto por el artículo 542 del codigo civil. Según este artículo *"La obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto"* que en definitiva es lo que sucede si admitimos la validez de estas cláusulas. Si así fuera se estaría desnaturalizando la obligación asumida.

Otro sector de la doctrina se inclina por la validez de las mismas siempre y cuando el orden público no se vea vulnerado con lo cual, su campo de aplicación queda muy reducido.

La historia clínica

El artículo 12 de la ley 26.529 da una definición acerca de lo que debe entenderse por historia clínica, al respecto dice: *"A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por*

profesionales y auxiliares de la salud". A su vez el artículo 15 indica los asientos que deben constar en la misma los cuales, y a excepción de los casos de la historia clínica informatizada, deberán ser suscriptos de puño y letra por quien los redacta, al efecto de poder identificar quién es el responsable del mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función.

Es importante que la historia clínica se mantenga actualizada y completa a fin de poder realizar un mejor seguimiento del paciente y llevar a cabo una atención que se corresponda con su estado de salud disminuyendo de ese modo, el margen de error. Por otra parte, la doctrina y jurisprudencia coinciden en que su confección incompleta constituye una **"presunción en contra"** de la pretensión eximitoria del profesional. De ahí, la importancia de que la misma sea completa de lo contrario, se convierte en una prueba prácticamente irrefutable y aunque por si sola sea insuficiente para determinar la culpa del galeno, es un medio de prueba trascendental en los juicios por mala praxis médica.

Además la reglamentación exige que los profesionales dejen constancia de la fecha y hora de su actuación. Con esta disposición se facilita, ante un eventual litigio, la determinación de la existencia o no de de un nexo causal entre lo obrado y el daño sufrido por el paciente. También sirve al afecto de deslindar responsabilidades.

Todas estas disposiciones merecen ser aplaudidas pero, si hay algo para resaltar de esta ley es que le reconoce al paciente la **titularidad de la historia clínica** y lo faculta, como ya mencionamos, a peticionar copia de la

misma la cual deberá serle suministrada en forma “gratuita” dentro de las 48hs de realizado el pedido salvo, casos de emergencia.

También se encuentran legitimados para solicitar copia, las personas enumeradas en el artículo 19, previo cumplimiento de los requisitos indicados.

Frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica el interesado puede ejercer la acción directa de "habeas data". La ley 26.529 le acuerda este derecho a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla sin demoras. Es más, establece que en jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia e invita a las provincias a adoptar igual medida.

Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, revisten el carácter de meros depositarios de este documento debiéndolo conservar por un plazo mínimo de 10 años contado a partir de la última actuación registrada.

Dicho plazo se establece en virtud de que la responsabilidad contractual prescribe a los diez años[39] (art. 4023 del C.Civ.).

Una vez vencido el mismo el depositario podrá, proceder a: hacer entregar de la historia clínica al paciente, llegar a un acuerdo con éste para continuar con su depósito, o proceder a su informatización, microfilmación u otro mecanismo idóneo para resguardar la información allí contenida. Si

[39] De todos modos hay que tener en cuenta que la prescripción no opera de pleno derecho y que puede ser renunciada.

cumplido el plazo de ley el paciente no expresare interés en disponer del original de su historia clínica, podrá ser destruida toda constancia de ella.

En relación a este documento la ley 2.079 se limita a señalar en su artículo 8 inc. s la obligación de los profesionales de la salud de *"cumplimentar los registros clínicos en forma veraz y oportuna".* Igualmente, ahora habrá que estar a lo que dice la ley 26.529.

Responsabilidad médica en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil

El anteproyecto de reforma del código civil dedica un artículo a la responsabilidad profesional dentro de la cual se sitúa la responsabilidad médica. En su artículo 1768 establece, en primer lugar, que la actividad profesional está sujeta a las reglas de las **obligaciones de hacer**, de ello surge que la obligación asumida por los médicos u otros profesionales es de **medios** y consiste en la prestación de un **servicio.** De esta manera, se pone fin a las discusiones doctrinarias respecto de la naturaleza del contrato médico y acerca del carácter de la obligación contraída. Ahora queda por dilucidar si la ley 24.240 es o no aplicable a la relación médico-paciente ya algo se dijo al tratar el tema de las cláusulas exonerativas de responsabilidad. Claramente el artículo analizado califica las obligaciones de los médicos como obligaciones de hacer que se traducen en la prestación de un servicio. ¿Existen razones fundadas para excluir de su ámbito de aplicación a quienes ejercen profesiones liberales? ¿Cuáles fueron los motivos que llevaron al legislador a modificar la ley en este punto? Hasta la

reforma introducida por la ley 26.361 ésta exclusión no estaba prevista, ¿por que agregarla entonces? Dejo planteado el interrogante.

Seguidamente el artículo 1768 del anteproyecto dispone que la responsabilidad es **subjetiva,** salvo que se hubiese comprometido un **resultado concreto**. Igualmente ya vimos que la obligación asumida por los médicos es de medios y no de resultado, los profesionales que ejercen la medicina tienen prohibido prometer resultados sin distinción de especialidad, más allá de que un sector de la doctrina sostiene que los cirujanos son los que en particular contraen este tipo de obligaciones, no deja de ser una opinión doctrinaria respetable pero que no se condice con la letra de la ley sobre todo si tenemos en cuenta lo dispuesto por el código penal y lo previsto por las leyes que regulan en cada provincia el ejercicio de la medicina.

A continuación prevé que "*cuando la obligación de hacer se preste con cosas la responsabilidad no esta comprometida en la sección 8º de este capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio"*. De esta forma, se distingue entre el daño causado **con las cosas y por las cosas**. Si el daño es causado **con la cosa** la responsabilidad es **subjetiva,** en definitiva el daño se debe a la conducta negligente del sujeto que se vale de la cosa para poder llevar a cabo su labor. En cambio, si el daño fuera ocasionado **por el vicio o riesgo de la cosa** ahí si resultan aplicables las normas referidas a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas viciosas o riesgosas. En estos casos la responsabilidad es **objetiva.**

Por último el articulo 1768 señala que *"la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidd por actividades riesgosas",* con lo cual se confirma el carácter subjetivo de la responsabilidad asumida por el médico u otro profesional. A su vez, para analizar la responsabilidad profesional no podemos dejar de lado lo estipulado por el artículo 1723 el cual prevé que *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencia. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.*

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente". Si nos situamos en la responsabilidad de los médicos sin duda la confianza es un factor decisivo que hace a la relación medico-paciente por ende, seria aplicable la última parte de este artículo al efecto de establecer el grado de responsabilidad del agente y habría que recurrir al primer párrafo para fijar la extensión del resarcimiento. Lo que se hizo fue englobar en un solo artículo lo actualmente previsto por los artículos 902 y 909 del código civil aunque, la redacción de estos artículos es mucho más clara y precisa. La modificación propuesta requiere de una interpretación más rebuscada por lo menos, si se quiere llegar a una solución justa.

Pero estas, no son las únicas normas que nos interesan. Dejando ya de lado el campo específico de la responsabilidad profesional analizaremos ahora otras normas referidas a la responsabilidad en general, especialmente algunas que repercuten directamente en el tema que nos atañe.

El artículo 1716 justifica el daño entre otros supuestos, si el mismo fue causado para evitar un mal mayor actual o inminente, en este caso el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida que el juez lo considere equitativo. Al tratar la responsabilidad civil por la no obtención del consentimiento habíamos planteado qué sucedía en aquellos casos donde la buena práctica médica aconsejaba extender la actuación más allá de lo consentido por el paciente y en respuesta dijimos que si no era posible obtener ni la conformidad del paciente ni de los familiares había que ver si existía o no un estado de necesidad que justificara el accionar del médico, en otras palabras, que lo exima de la obligación de responder. Pero en el anteproyecto del codigo civil se prevé que aún en estos supuestos el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida que el juez lo considere equitativo.

Por su parte el artículo 1731 recepta la **teoría de las cargas probatorias dinámicas** y el artículo 1732 hace recaer la carga de la prueba de la relación de causalidad en quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma.

El artículo 1742 establece que en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital de tal modo que sus

rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. De este modo se llega a una solución más justa que le permitirá a quienes adolecen de una incapacidad obtener periódicamente una renta para compensar los daños sufridos. Además establece que los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte **se presumen** siempre que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Muchas veces la mala praxis médica deriva en una incapacidad que incide en el desenvolvimiento diario del sujeto afectado, repercutiendo negativamente en los diferentes ámbitos de la vida, Mosset Iturraspe[40] afirma "*El daño a la salud se aprecia por el eco, resonancia o efectos que tal detrimento origina en la vida humana, en el quehacer diario de quien lo padece, restándole aptitudes para "gozar de la vida", para cumplir actividades, sean éstas económicas o no; para un desarrollo o desenvolvimiento integral de la persona" y* postula la necesidad de que la indemnización en tales casos sea integral es decir, que comprenda no solo el daño patrimonial sino también el daño moral. Igualmente por más indemnización que se conceda al damnificado hay lesiones imposibles de resarcir, la salud no es un bien que puede ser sustituido por una suma de dinero. Sabiamente el autor mencionado expresa en la obra citada que la salud *"hace a la personalidad y a la libertad de las personas"* se trata, insistimos, de un derecho fundamental y difícilmente una indemnización

[40] MOSSET ITURRASPE, Ob. cit., pág. 9

pueda realmente aminorar el impacto de las lesiones sufridas, igualmente la reforma permitiría arribar a una solución más justa aunque no por eso suficiente.

Conclusión

Luego de haber analizado los puntos más sobresalientes de la responsabilidad civil médica y de la ley 26.529, estamos en condiciones de afirmar que:

- Los médicos asumen frente a sus pacientes **obligaciones de medio**, su obligación consiste en poner al servicio del paciente el caudal de conocimientos que el título acredita y actuar con la prudencia y diligencia que su estado requiere.

- Antes de realizar cualquier intervención los profesionales de la salud están obligados a informar a sus pacientes acerca de su estado de salud, características y riesgos del tratamiento propuesto como así también de las alternativas existentes. La ley 26.529 consagra, en el artículo 2º, entre los derechos esenciales de los pacientes **"el derecho a la información sanitaria"**

- Una vez cumplido el deber de informar el paso siguiente es la obtención del **consentimiento**, solo excepcionalmente se puede prescindir del mismo. Si el médico faltare a este deber no solo será pasible de una sanción disciplinaria sino que, además responde civilmente por la lesión al derecho a la autodeterminación.

- En la mayoría de los casos la responsabilidad civil médica es de naturaleza **contractual**. El factor de atribución habitualmente es subjetivo pero puede ser objetivo.

- Al ser la medicina una ciencia en donde, predomina la materia opinable un **“error excusable”** en el diagnostico o tratamiento indicado puede eximir de responsabilidad al galeno.

- En principio, es el actor quien deberá probar la culpa del demandado aunque excepcionalmente, se admite la aplicación de la **teoría de las cargas probatorias dinámicas** que hace recaer el “onus probandi” en aquel que se encuentre en mejores condiciones de aportar la prueba. El actor deberá además, probar la relación de causalidad entre la conducta que se le atribuye al demandado y el daño sufrido.

- Actualmente los pacientes tienen a su disposición un medio de prueba fundamental en todo juicio por mala praxis médica: **“la historia clínica”.** La ley 26.529 les reconoce la **titularidad** de la misma y los faculta a requerir copia contribuyendo de ese modo, a lograr la igualdad procesal de los litigantes.

Sin duda la ley sobre derechos de los pacientes marca un antes y un después e influye notoriamente en lo que concierne a la responsabilidad de los médicos. Ahora los pacientes cuentan con una serie de herramientas que los colocan en una posición más equitativa respecto del profesional. La ley 26.529 pone en cabeza de los médicos distintas obligaciones que en definitiva conducen a garantizar el derecho a la autodeterminación en lo que respecta a la propia salud. Podría incluso afirmarse que dicha la ley tiene un **“fin tuitivo”** en cierta manera, busca proteger al paciente que es la parte más débil de la relación. Solo resta esperar que sus disposiciones sean

respetadas lo cual, no depende únicamente de los efectores de la salud sino también, de que los pacientes hagan valer sus derechos. Por otra parte, el rol que le corresponde al estado como garante de los mismos no es menor, al estar involucrado un derecho fundamental de toda persona: “la salud”, sin el cual no se pueden ejercer el resto de los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva la **efectividad** de esta norma va a depender de todos y cada uno de nosotros.

Bibliografía

ALTERINI, Atilio A., “Responsabilidad civil: límites de la reparación civil: contornos actuales de la responsabilidad civil”, 3a. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

Anteproyecto de Reforma del Código Civil.

BUERES, Alberto j., HIGHTON, Elena, “Código civil: y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial”, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. IV A.

BUERES, Alberto j., HIGHTON, Elena, “Código civil: y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial”, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. IV B.

BUERES Alberto J., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, 2a. ed. act. corr. y amp., Buenos Aires: Hammurabi, 1992.

FUMAROLA, Luis, “Eximentes de responsabilidad civil medica”, Código Civil de Alberto j. Bueres, Elena Highton, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. 4- B.

HIGHTON- WIERZBA, “Responsabilidad por consentimiento informado”, Código Civil de Alberto j. Bueres, Elena Highton, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. 4- A.

JURISPRUDENCIA ARGENTINA, BS. AS, 22/12/2004, fasc. 12.

LOS ARCOS VIDAURRETA, Jesús D., “Lecciones de obligaciones: (ilustradas con Jurisprudencia)”, Santa Rosa, La Pampa: UNLPam, 1999.

LLAMBÍAS, Joaquín, “Tratado de las Obligaciones”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, T. I.

LLAMBÍAS, Joaquín J., “Tratado de las Obligaciones”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2007, T. IVB.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño a la salud”, La LEY, 24/02/2011,1.

QUIRÓS, Pablo, “La culpa médica y el incumplimiento de deberes profesionales. Su revitalización a partir de la ley de derechos del paciente”, LLGran Cuyo, 2011(marzo), 119.

TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la Responsabilidad Civil: el derecho en la actualidad, teoría y practica”, 1a. ed., 2a. reimpr., La Ley, 2008.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “El Consentimiento informado en la práctica médica”, Código Civil de Alberto J. Bueres, Elena Highton, 1a. ed., 2a. reimpr, Buenos Aires: Hammurabi, 2005-2007, T. 4-A.

VIVIÁN ROCCA, Claudia, “El principio de autonomía”, Revista de la Sociedad de Ética en Medicina, Arg., 2004, Nº 10.

Jurisprudencia citada

"Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro", La Ley Online.

"B. de k.S, G.H.c Guevara, Juan A. y otros", La Ley Online.

"Cenicola, Ana Amelia c/ Snaidas, Lázaro y otros s/ daños y perjuicios", Boletín Trimestral de Jurisprudencia, CNCiv, Nº 2, 2011.

"L., S. y otro c/ Hospital Británico y otro s/ daños y perjuicios", Boletín Trimestral de Jurisprudencia, CNCiv, Nº 1, 2010.

"Longo Gabriela R. v. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires y otros", Jurisprudencia Argentina, BS. AS, 22/12/2004, fasc. 12.

"Loria De Barbieri, Juana c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano y otro s/ daños y perjuicios", Boletín Trimestral de Jurisprudencia, CNCiv, Nº 3, 2011.

"M., F. G. c. J., E y otros", La Ley Online.

"Valles, Lidia c. Cerutti, Rosana y ots", LLGran Cuyo 2011(marzo), 120.