

UNA MIRADA A LA RESPONSABILIDAD MÉDICA A TRAVÉS DE LA LEY SOBRE DERECHOS DE LOS PACIENTES

Pamela Liz DE LA IGLESIA¹

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.

Una de las conquistas más importantes de esta ley fue consagrar, en forma genérica, el deber de obtener el consentimiento informado del paciente antes de realizar cualquier procedimiento o intervención, de modo tal que se garantice su derecho a elegir y a decidir sobre su propio cuerpo. A su vez el legislador previó el derecho a la información que debe preceder a tal consentimiento como un derecho esencial. Éstos son solo algunos de los puntos más importantes de la ley que se desarrollan a continuación.

I. NOCIONES PREVIAS

Antes de comenzar a analizar los aspectos más sobresalientes de la ley sobre Derechos de los Pacientes y su incidencia en materia de

¹ Abogada. Egresada de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de La Pampa. Email: pameladelaiglesia@hotmail.com

responsabilidad médica, es preciso detenernos en algunas nociones previas. En primer lugar hay que señalar que 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.

En la mayoría de los casos la responsabilidad asumida por el médico es de naturaleza contractual, excepcionalmente puede ser extracontractual.

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*².

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, como ya adelante, 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 1198³ del Código Civil e incluso se exigían ante determinadas ocasiones, con la sanción de dicha ley quedaron expresamente consagradas.

La obligación asumida por el médico frente a sus pacientes, independientemente de la especialidad de que se trate, es de medios no de resultados⁴. Lo cual significa que 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

2 Criterio valorativo cuyo objeto, consiste en determinar el estándar de práctica profesional considerada normal para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar.

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

4 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 Código 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 prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles”.

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 aunque, como veremos, el deber de informar es mucho más amplio. Además, si pese a la obtención del consentimiento informado, el médico ocasiona un daño que le es imputable según las reglas de la causalidad debe resarcirlo.

II. CONSENTIMIENTO INFORMADO

¿Que es? La ley 26.529 sobre Derechos de los Pacientes en su Art. 5° lo define:

“Entiéndase 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”.

Como puede observarse el artículo hace referencia a *“la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales”* ¿que debe entenderse por declaración de voluntad **suficiente**? Para dar respuesta a este interrogante es

necesario realizar una interpretación armónica con el resto de las disposiciones legales sobre todo con aquellas referidas al deber de informar y a la legitimación para prestar el consentimiento. Si observamos, seguidamente se hace referencia a la **información** que debe ser dada previamente por el profesional interviniente con lo cual podríamos decir que, la información previa acerca de los puntos que la misma ley enuncia a modo de guía para los profesionales de la salud y llegado el caso para el juez que deba entender en un litigio por mala praxis médica, es uno de los requisitos necesarios que deben concurrir para que ese consentimiento sea válido. Además, debe ser prestado por una persona competente. El derecho a la información garantiza que el paciente pueda elegir libremente de acuerdo a sus convicciones.

En principio es al paciente a quien le corresponde prestar el consentimiento no obstante, hay supuestos en donde el mismo puede ser dado por una persona distinta.

A través de estas disposiciones lo que se busca es garantizar el respeto por la autonomía de la voluntad que es el eje sobre el cual gira esta norma.

Por su parte Highton y Wierzba⁵ sostienen que el consentimiento informado 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. Hoy en día, prevalece el principio de autonomía⁶, el respeto por el derecho del

5 HIGHTON- WIERZBA (2005-2007) “Responsabilidad Por Consentimiento Informado” en Código Civil de Alberto J. Bueres, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr., pág. 794.

6 Según VIVIÁN ROCCA, Claudia, “El principio de autonomía es la base moral de la doctrina del consentimiento y rechazo informado”. (VIVIÁN ROCCA, Claudia: “El principio de autonomía”. *Revista de la Sociedad de Ética en Medicina*, 10 (2004): 14.)

paciente sobre su propio cuerpo, por la libertad de elección.

En este sentido la ley 26.742 sancionada recientemente a llevado este principio a su máxima expresión facultando a toda persona 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. Podremos o no estar de acuerdo con esta disposición, porque lo cierto es que, la salud, siempre ha sido considerada no solo como un derecho individual sino además como un derecho social e incluso se a cuestionado si constituye o no un bien disponible, pero lo que no podemos es negar que el principio de autonomía ha sido garantizado de un modo impensable años atrás dada la ideología imperante por ese entonces.

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 por la ley sobre Derechos de los Pacientes como uno de los derechos esenciales que le asisten al paciente.

El deber de obtener el consentimiento cesa, por disposición del artículo 9 de la ley 26.529, únicamente cuando mediere:

- 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.

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. (VÁZQUEZ FERREYRA, 2005-2007:829)

III. DEBER DE INFORMAR

La ley sobre Derechos de los Pacientes contempla, en su artículo 3 °, 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).

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.

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. Si así fuera, los profesionales de la salud deberán dejar constancia de esta decisión en la historia clínica a fin de evitar incurrir en responsabilidad profesional o de otro tipo (Art. 21, ley 26.529).

Trigo Represas y López Mesa⁷ 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. Con anterioridad a la sanción de esta ley la doctrina clasificaba los riesgos según magnitud y posibilidad de materialización poniendo en cabeza del profesional interviniente el deber de informar aquellos riesgos mas significativos sucedan o no a menudo como así también los menos significativos pero que ocurren frecuentemente y los riesgos personalizados en función del estado de salud de cada uno quedando exentos de informar aquellos riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia. Distinción que parece más acertada, de otro modo la labor de

7 TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo (2008) *Tratado De La Responsabilidad Civil: El Derecho En La Actualidad, Teoría Y Práctica*. Buenos Aires: La Ley 1a. ed., 2a. reimpr., pág. 327.

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. Será el juez quien ante un eventual litigio deberá determinar si este deber ha sido o no cumplido de manera satisfactoria según las circunstancias de cada caso. Pero lo cierto es que, al no ser la medicina una ciencia exacta, la línea que separa aquello que debe ser informado de lo que no es muy delgada.

Una vez cumplido el deber de informar el paso siguiente es la obtención del consentimiento. De lo contrario éste último estará viciado y el acto médico se torna ilegítimo⁸. Solo después de que se han conocido las ventajas y 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. Así lo entendió el máximo tribunal de la Provincia de Mendoza, sala I en fallo caratulado “Valles, Lidia c Cerutti, Rosana y otros”⁹. En este caso la actora demandó al médico por la pérdida 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 ya que el médico debería haber informado personalmente acerca de las complicaciones surgidas en el transcurso de la intervención quirúrgica que derivaron en la pérdida de la visión de un ojo, 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

⁸ Opinan así TRIGO REPRESAS, Félix- LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. cit. y QUIROS, Pablo, Ob. cit.

⁹ 9 SCJ de la Prov. de Mendoza, Sala I, 5/10/2010, “Valles, Lidia c. Cerutti, Rosana y ots”, LLGran Cuyo, 120 (2011).

perjuicios padecidos. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza confirmó el fallo.

IV. 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 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). Lo determinante es que el paciente o en su defecto quien corresponda, comprenda la información para luego poder decidir al respecto. Por ello, la ley exige que la misma sea brindada en forma clara, precisa y de acuerdo a la capacidad de comprensión del paciente. Dicha obligación se hace extensiva aún para los supuestos en que el paciente sea incapaz, independientemente de que en estos casos la información también deba ser suministrada a su representante legal¹⁰.

En la opinión de Highton y Wierzba¹¹ 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 doctrina¹² prefiere hablar de **competencia** por considerarlo un término más apropiado. 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:

10 Así lo establece el decreto reglamentario de la ley 26.529 N° 1089/2012 en su Art. 2 inc. f

11 HIGHTON – WIERZBA, Ob. cit.

12 Opinan así KEMELMAJER DE CARLUCI, Aída y BORDA citados por HIGHTON – WIERZBA, Ob. cit.

“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; 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 N° 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 más 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.

V. 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. La ley sobre Derechos de los Pacientes expresamente dice que el mismo será verbal¹³ salvo, determinadas excepciones:

¹³ El artículo 7 del decreto 1089/12 establece que cuando el consentimiento informado sea otorgado en forma verbal, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué

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.

Vázquez Ferreyra¹⁴ afirma:

“por empezar, el consentimiento informado es un proceso prolongado que se va dando entre profesional y paciente, que 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 líneas 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.

VI. 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 Quirós¹⁵ 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

práctica operó el mismo.

14 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (2005-2007) “El Consentimiento Informado En La Práctica Médica” en Código Civil de Alberto J. Bueres, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr., pág. 839.

15 QUIRÓS, Pablo, Ob. cit.

cuando su actuación haya sido diligente. Se funda en el derecho del paciente a la autodeterminación, y su imposibilidad de ejercicio. Lo mismo si la información ha sido dada de manera incompleta. En otro sentido¹⁶, 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 propio¹⁷.” (C.N. Civ. Sala E (1/11/11))

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**¹⁸ que justificara el accionar del médico.

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

16 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Ob. cit.

17 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, N° 3(2011):43

18 Esta causal eximente de responsabilidad ha sido receptada en el Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial unificado, sin embargo, está previsto que aún en estos casos el juez puede fijar una indemnización a favor del damnificado si lo considerase equitativo.

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.

VII. 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 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 aquella 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 años¹⁹ (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 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.

VIII. CONCLUSIÓN

En síntesis podemos decir que el legislador a través de la ley sobre Derechos de los Pacientes ha reconocido, expresamente, derechos que si bien ya habían sido receptados jurisprudencial y doctrinariamente carecían de un texto legal que los contemplara en forma genérica. Sin duda esta ley marca un antes y un después e influye notoriamente en la 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 el profesional distintas obligaciones que en definitiva conducen a garantizar el derecho del paciente a la autodeterminación en lo que respecta a la propia salud. Podría incluso afirmarse que dicha ley tiene un “**fin tuitivo**” en cierta manera, busca proteger al paciente que es la parte más débil de

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

la relación reconociéndole por ejemplo el derecho a la información y a manifestar su consentimiento antes de ser sometido a cualquier procedimiento o intervención. A su vez, le reconoce la titularidad de la historia clínica y lo faculta a requerir copia autenticada de la misma dándole, de este modo, la posibilidad de contar con un medio de prueba trascendental en todo litigio por mala praxis médica.

Ahora solo resta esperar que sus disposiciones sean respetadas y que estos derechos trasciendan el texto legal para pasar a formar parte de la realidad sin que sea necesario llegar a los estrados de tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

BUERES, Alberto j., HIGHTON, Elena (2005-2007) *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

BUERES, Alberto j., HIGHTON, Elena (2005-2007) *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial T. IVB*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

LOS ARCOS VIDAURRETA, Jesús D. (1999) *Lecciones De Obligaciones: (Ilustradas Con Jurisprudencia)*. Santa Rosa, La Pampa: UNLPam.

TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo (2008) *Tratado De La Responsabilidad Civil: El Derecho En La Actualidad, Teoría Y Práctica*. Buenos Aires: La Ley 1a. ed., 2a. reimpr.

ARTÍCULOS EN LIBROS

HIGHTON- WIERZBA (2005-2007) “Responsabilidad Por Consentimiento Informado” en Código Civil de Alberto j. Bueres, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., (2005-2007) “El Consentimiento Informado En La Práctica Médica” en Código Civil de Alberto J. Bueres, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

ARTÍCULOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño a la salud”. *La Ley*, 1, (24/02/2011).

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

VIVIÁN ROCCA, Claudia: “El principio de autonomía”. *Revista*

de la Sociedad de Ética en Medicina, 10 (2004): 14.

JURISPRUDENCIA CITADA

“Valles, Lidia c. Cerutti, Rosana y ots”, SCJ de la Prov. de Mendoza, Sala I, 5/10/2010, *LLGran Cuyo*, 120 (2011).

“Loria De Barbieri, Juana c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano y otro s/ daños y perjuicios”, CNCiv., Sala E, 01/11/11, *Boletín Trimestral de Jurisprudencia*, CNCiv, 3 (2011):43.