



RESERVA DE LOS DERECHOS CIVIL
DE LOS DERECHOS CIVIL
DE LOS DERECHOS CIVIL *POR EL*
USO DE LOS OBJETOS



Tutor:

driana Mussio.

Autor:

Jorge

Oswaldo Buratovich.

A mis padres, que con inconmensurable
tesón lograron lo que soy.
A Silvina, por incondicional y eterna.
A todos los que, aunque en forma silenciosa,
confiaron en mi y ayudaron a despejar de
piedras este largo camino, pero también
a quienes las colocaron, por
forjar mi tozudo carácter.

PALABRAS PRELIMINARES

Con la revolucionaria evolución de la responsabilidad por daños, y especialmente de la responsabilidad médica, que en conjunción con la copiosa bibliografía sobre la materia, han contribuido al enriquecimiento de un sector importante de la disciplina jurídica. Lo cual no es producto solo de la labor doctrinaria, ya que mucho a ayudado a la misma, la fatigosa dinámica jurisprudencial.

Todos los que han pasado por la dura y ardua labor de escribir, sin lugar a dudas se han topado con el primer y tal vez más difícil de los escollos a ser sorteado, el de verter sobre un papel ideas o conclusiones, que si bien se mostraban claras en la mente, se enturbiaban con gran facilidad al escribirlas. De esta dicotomía ha salido este modesto trabajo, que deseo sea al lector de amena introyección.

JORGE OSVALDO BURATOVICH.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO Y SALUD

A- INTRODUCCIÓN.

1- La organización de la sociedad.

B- IMPORTANCIA DE LA PROBLEMÁTICA.

1- Estado de la cuestión y sus derivaciones.

2- Causales generadoras.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO Y SALUD

A- INTRODUCCIÓN.

1. La organización de la sociedad:

El derecho aparece como un sistema normativo positivo que intenta organizar la sociedad, como la medicina apunta a la salud de las personas, por lo tanto el derecho no se puede desentender de la salud.

No caben dudas sobre los cambios operados en los últimos sesenta años, respecto de los hechos que afectan la salud. Sobre la toma de conciencia acerca del derecho a la salud, como parte del derecho al reconocimiento de la persona humana.

El Estado no puede ser indiferente ante el problema de la salud; de ahí que sean las constituciones las destinadas a recoger los programas, las líneas directrices del quehacer en esta materia.

Es importante que destaquemos que los valores en juego son de una jerarquía máxima. Es que el hombre –como señala González Morán²- es un ser personal sometido al dolor, a la enfermedad, a la muerte y de esta doliente condición humana surge la necesidad de poder contar con el auxilio de las personas que posean los conocimientos y las técnicas adecuadas para colaborar en la lucha por la prevención y el restablecimiento de la salud del hombre enfermo: los médicos.

Entonces, la necesidad de regulación legal de la asistencia médica se constituye en un hecho social básico. Por lo tanto el derecho se interesa cada vez mas en la medicina y en todos los problemas nuevos que aparezcan alrededor de esta ciencia con el objeto de conseguir una adecuada regulación legal.

Para Citrana³ “ha nacido el derecho médico con la finalidad de tratar de poner a cubierto a la persona humana de los riesgos a que podía someterla el ingente poderío de la moderna medicina, paradójicamente surgida para el beneficio de la persona humana.”.

2 González Morán, Luis, La responsabilidad civil del médico, Bosch, Barcelona, 1990, p.9

3 Citrana, “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en Estudios de derecho público y privado en homenaje al profesor don Ignacio Serrano y Serrano, Valladolid, 1965, p. 328 y ss.

Mientras la medicina legal, nexo de unión entre las ciencias médicas y jurídicas, debe ser obra de los médicos, "...el nasiente derecho médico aborda problemas jurídicos relacionados con la medicina y por consiguiente ha de ser hechura de juristas". Se debe considerar al derecho médico "...como un elemento de un conjunto jurídico general que se engloba alrededor del denominado derecho a la salud".

Teniendo en cuenta la jerarquía del bien jurídico comprometido, la salud y sus caracteres de bien ubicado fuera del comercio, sobre el cual no caben acuerdos, transacciones o renunciaciones, plantease una suerte de controversias entre los dos elementos componentes de esta ecuación: la medicina y el derecho. Tratando cada una de ellas imponer sus reglas. El derecho ante esto propone considerar a los médicos y sus servicios, como un servicio mas, que aunque de máxima jerarquía, no da pie para un tratamiento privilegiado. Debiendo priorizar los contratos médicos la defensa del orden público y la moral social.

B- IMPORTANCIA DE LA PROBLEMÁTICA.

1.Estado de la cuestión y sus derivaciones:

Actualmente se estima que en los estrados de nuestro país, han sido incoadas unas 10.000 demandas por mala praxis.

De acuerdo a datos brindados a la prensa por el licenciado Fernando Moneta, sub-gerente de una importante compañía de seguros del país, se calcula en 30.000 médicos y más de 1.000 sanatorios el número de asegurados por mala praxis.

Estas cifras, al margen de cualquier valoración que en particular se pueda hacer de las mismas, son una clara evidencia de que la “moda de los juicios por mala praxis” se ha instaurado en nuestro medio.

2.Causales generadoras:

Han sido esbozadas un enorme cúmulo de causas atribuidas a la proliferación de estas reclamaciones, a saber:

- a) El fenómeno tecnológico y la utilización de elementos de alta complejidad, que si bien han generado altos beneficios para la humanidad, también produjeron una despersonalización de la prestación médica, e incluso la potenciación de riesgos inherentes al uso de ciertos instrumentos o aparatos.
- b) Falta de comunicación médico paciente, por la notoria masificación de la medicina, cuyas características salientes son la uniformidad y el anonimato de la mencionada relación, situación que se inscribe en el contexto de la masificación social.
- c) La divulgación de temas médicos a la información masiva, cosa que produjo una toma de conciencia de los individuos damnificados por actos médicos, que los impulsa a concurrir a la justicia para el resarcimiento del menoscabo padecido.
- d) El cambio de la tendencia jurisprudencial, que ha abierto una brecha para la reparación de los daños derivados de la mala praxis médica, al remover obstáculos que, o bien dificultaba la condenación a reparar el perjuicio causado, o directamente impedían responsabilizar a los médicos, y por extensión a los establecimientos asistenciales.

Todo esto, sumado a una mala formación universitaria, nefastos sistemas y modalidades de atención, infraestructuras y presupuestos deficitarios, además de la abusiva práctica del beneficio de litigar sin gastos, con el objeto de intentar enriquecimientos, conforman una maraña muy difícil de desenredar.

Por todo lo expresado deducimos que, el criterio de apreciación de la culpa del profesional médico, no deberá ser ni estrictamente riguroso, ni excesivamente benevolente, no tratando de poner trabas a la actividad y fundado en la necesaria investigación científica. Este criterioso principio rector resulta de que, no debe olvidarse que el hombre por naturaleza yerra. Y el médico es hombre. Claro que, amén de ello, no podríamos hacer oídos sordos de las negligencias e impericias de facultativos que, en el ejercicio de su profesión médica, deterioren o terminen con la vida de sus pacientes.

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES

A- NATURALEZA JURÍDICA.

- 1- Introducción.
- 2- Opiniones en doctrina y jurisprudencia.
- 3- Su figura. Criterios.
 - a) Locación servicios.
 - b) Locación obra.
 - c) Contrato sui generis.
 - d) Contrato multiforme

B – RESPONSABILIDAD MÉDICA E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES

A- NATURALEZA JURÍDICA:

1.Introducción:

En primer lugar cabe abordar el tema de la responsabilidad civil de la actividad del galeno en relación a su naturaleza jurídica, intentando aclarar si nos encontramos frente a un marco de responsabilidad objetiva, o no, si tal actividad surge de un vínculo contractual y en definitiva cuál será el criterio y norma concreta aplicable tanto en doctrina como en jurisprudencia⁴.

⁴ 1-La naturaleza reviste fundamental importancia en cuanto al régimen de efectos, sea contractual o extracontractual. Así la reparación es más amplia en materia extracontractual pues comprende las consecuencias inmediatas, mediatas y a veces casuales. En la contractual solo alcanza como regla, las inmediatas, siendo resarcibles las mediatas, solamente en caso de dolo del deudor. En materia extracontractual es la víctima quien deberá demostrar los presupuestos de responsabilidad mientras

2. Opiniones en doctrina y jurisprudencia:

La opinión predominante en doctrina y jurisprudencia es encuadrar la responsabilidad médica dentro de la órbita contractual⁵ exceptuando la actuación dolosa⁶ y en algunos supuestos particulares de excepción⁷.

que en la contractual, le basta al acreedor demostrar su título para la satisfacción de lo pactado. En materia de prescripción, en los hechos ilícitos es de dos años, mientras que la contractual nos lleva al art. 4.023 C.C. de diez años. En el campo de la mora en los hechos ilícitos la misma es automática y se deberá desde el momento del daño; en el ámbito contractual al no estar sujeta la obligación del médico a plazo será necesaria intimación conforme lo afirmara Mosset Iturraspe (en Responsabilidad Civil del Médico L.L. 1.979 Bp.103).

Así en la responsabilidad contractual serán aplicables los arts. 520 y ss. del C.C., mientras que en la extracontractual se aplicarán los arts. 902, 903 ss., 1.068, 1.077, 1.078 1.109 y 1.113 del C.C., las consecuencias son exigentes al deudor pues será él quien deberá probar su prudencia y buena diligencia y la culpa del acreedor o ya el caso fortuito. Al respecto vamos adelantando que la jurisprudencia ha ido recogiendo los elementos subjetivos del art. 902 C.C. como relevantes a la hora de la culpa en la responsabilidad profesional, en especial del médico. Por otra parte, siguiendo a Elena Higton cabe mencionar la postura de aquellos que postulan la unificación de la responsabilidad médica.

⁵ Así opinan Jorge Mario Gallos en “Responsabilidad profesional y culpa médica” L.L agosto de 1.995, quien dice que todos los casos analizados en la Corte Bonaerense , se fundaron en la

responsabilidad contractual, citando un fallo A.C. 44.177 – 15/12/92 Dezco c/ Guido L.L. 1993 B p.249, en donde quedó firme el encuadre pese que se trató de la asistencia urgente de un accidentado; Acuña Anzorena en “Estudios sobre responsabilidad Civil” p. 204. En igual sentido opinan: Mosset Iturraspe, Lorenzetti, Cazeaux y Trigo Represas, Bustamante Alsina, Bueres, Acuña Anzorena, Alterini, Ámela y Cabana, Halperín, Kemelmajer de Carlucci, Vázquez Ferreira, Highton, Pérez de Leal, Agoglia, Atienza, Martínez Ruíz, Goldemberg, Mariona, Sandoval Luque, Blanco, Llambías, Rezzónico, Garrido y Andorno, Yungano y otros.

⁶ Este obrar médico termina tipificado en delito penal.

⁷ V. gr. el caso del suicida o del accidentado en la calle a quienes el médico les salva la vida, ya que se encontraban inconscientes. Así Kemelmejer de Carlucci enumera los siguientes casos de responsabilidad extracontractual: a) Daños reclamados por un tercero damnificado no contratante; b) Contratos nulos por causa ilícita; c) Servicios prestados espontáneamente (enfermo en estado de inconciencia o enfermo mental); o intento de suicidio; d) Atención médica prestada por un incapaz de hecho sin acuerdo de su representante legal; e) Servicios prestados por el médico en virtud de la imperatividad de una disposición legal o administrativa (v. Gr. revisión al servicio militar); f) Negativa del médico a prestar el servicio en caso de urgencia; g) Entrega de certificados falsos; h) Cuando el hecho constituye un delito del derecho criminal; i) Daños producidos solo con ocasión del contrato; J) Reconoce también la existencia de otros muchos casos pero cuya configuración es muy dudosa. Por su parte Alberto J. Bueres enumera las siguientes hipótesis en las cuales el médico no contrata de ninguna manera con el atendido: a)

Así “La responsabilidad de los médicos debe encuadrarse en las reglas de incumplimiento de las obligaciones y no de los hechos ilícitos salvo delito criminal. Esta es la teoría correcta, pues cualquiera fuere el origen de la intervención médica, V. Gr. locación de obra o de servicios, relación contractual entre el médico y alguna entidad privada profesional, mutual etc., y aún la espontánea asistencia en virtud del acatamiento celoso al imperativo de la regla moral hipocrática, siempre media una obligación previa específica de prestar adecuadamente los auxilios de la medicina, que crea una

Servicios médicos solicitados por una persona distinta del paciente b) Cuando el hecho configura un delito del derecho criminal c) cuando el contrato entre el galeno y el paciente es nulo d) Cuando el médico presta sus servicios en forma espontánea – art. 19 inc. 3° ley 17.132- e) cuando el médico atiende a un incapaz de hecho sin poder comunicarse f) cuando el médico actúa en contra de la voluntad del paciente g) todo perjuicio que surja fuera del campo contractual (por ej. Incendio del consultorio) h) cuando se impone a la víctima el servicio del médico (hipótesis del chequeo para acceder a un puesto de trabajo) i) La obligación de pagar servicios médicos al paciente proveniente de la ley –obligación de alimentos- j) cuando el médico causa el daño con dolo (art. 1.072 C.C.) lo que configura un delito civil k) cuando el paciente muere y los damnificados legitimados accionan por el resarcimiento de los daños y l) cuando el galeno atiende por ser dependiente de un establecimiento asistencial público o privado.

relación jurídica de crédito cuyo objeto es dicha prestación de hacer y que tiene como sujeto activo al paciente y como deudor al médico.

Tal relación jurídica es innegable desde el momento que el galeno acude voluntariamente al servicio del enfermo, haya habido o no contratación expresa; esa obligación previa ubica el tema dentro del régimen de las obligaciones, pues ha diferido de los supuestos de responsabilidad aquiliana en los que solo existe una obligación genérica de actuar con prudencia y no causar daño”⁸.

En aras de lo dicho se desprende el siguiente análisis.

3.Su figura. Criterios.

Sobre este punto en doctrina se han propuesto diversas opiniones las que analizamos a continuación⁹:

a) Locación de Servicios: En principio si se tiene en cuenta que el médico no promete sanar, sino prestar un servicio brindando un tratamiento, encajaría en esta

⁸ Conforme C.N.C. Sala C 10/12/81 B. C/ Mun. J.A. 1.982 III p.12 y E.D. 98-577.

⁹ Carlos Damián Renna “Mala praxis” Sudamérica 1.991 p. 305.

figura, pero le es objetable que en la locación de servicios existe una caracterizante relación de subordinación del locador al locatario que en esta materia no puede pretenderse.

b) Locación de Obra: Superaríamos la subordinación de la opinión anterior pero es criticable porque el médico, en principio, solo asume una obligación de medios y no de resultados, sin comprometerse a curar (obra) al enfermo.

c) Contrato Sui Géneris: Sostenido en Francia por la Corte de Casación y en España por Puig Brutau; consideran la relación médico-paciente un contrato especial sui géneris, con características propias y exclusivas¹⁰

d) Contrato Multiforme: Mosset Iturraspe critica el anterior criterio por cuanto opina que supervalorizan el trabajo intelectual con desprecio del material y que tal discriminación, no concuerda con los arts. 1.623 y 1.628 del C.C. y afirma “los servicios prestados por el médico, pueden ser según las modalidades de la relación creada, una locación de servicios, una de obra o un contrato de trabajo. Puede hablarse en consecuencia de un contrato multiforme”.

¹⁰ Sostenida en Argentina por Guillermo Borda.

La cuestión se plantea en torno al caso en que el médico es llamado por un familiar del enfermo o un tercero. ¿Existe allí contrato? ¿Existirá responsabilidad contractual en el caso del paciente afiliado a una mutual, con respecto al médico que lo atiende? Al respecto existen dos posturas. Una de ellas afirma que se trataría de un contrato a favor de terceros, mientras que la restante, opina que estaríamos simplemente ante la obligación de cumplir lo prometido por el médico con un sanatorio u Hospital¹¹.

¹¹ Ver punto “Responsabilidad de Sanatorios” de éste trabajo.

B- RESPONSABILIDAD MÉDICA E IMPUTACIÓN OBJETIVA:

1. Evolución de la dogmática jurídica:

Es importante destacar como fue la evolución de la dogmática jurídica en este tema central de la responsabilidad civil. Evolución que parte de la sola imputación culposa, pasando por la presunción de culpa para así poder llegar a la objetivación.

El primer paso fue dado por los jueces, mediante presunciones judiciales de prueba favor victimae, pero por supuesto dentro de un contexto de imputación subjetiva. La principal justificación para este cambio fue que la víctima se encontraba en un estado de dificultad probatoria extremo, que resultaba intolerable y tornaba ilusoria la realización de los derechos. Esto aparejaba una gran inseguridad, pues había que determinar que se hacía en cada caso. Ante esto se optó por un remedio presuntivo general.

Luego la estructura presuntiva es recogida en la ley, para posteriormente combinarla con la limitación de la contraprueba, que impide que el demandado pueda exonerarse demostrando su diligencia. Hay aquí culpa

objetiva y en este punto hay una gran similitud con un sistema típicamente objetivo.

Dado este paso, la culpa ha dejado de ser el centro de gravedad del sistema imputativo en la responsabilidad por daño actual. Ya no se habla de responsabilidad sino de reparación y han proliferado los factores objetivos de atribución de responsabilidad.

El plexo dogmático sobre el que se soporta el débito de reparación es fundamentalmente objetivo. Solo una exégesis que ignore la legislación especial puede omitir esta circunstancia¹².

La culpa, por su parte, no deja de configurar un criterio de valoración de conductas, solo que ahora lo hace mayoritariamente en el plano de las eximentes.

12 Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal – Culzoni, ps. 71 y ss.

CAPITULO TERCERO

LA PRUEBA

A – LA CARGA DE LA PRUEBA.

- 1- Obligaciones de los jueces.
- 2- La regla que atiende a la posición de las partes.
- 3- La regla normativa.
- 4- La regla de la experiencia.
 - a) El principio “pro damato”.
 - b) Principio del económicamente débil.
 - c) La profesionalidad.
 - d) La prueba difícil.
 - e) La prueba “res ipsa loquitur”.

B – EVOLUCIÓN Y CRÍTICA.

- 1- El cambio.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRUEBA

A- LA CARGA DE LA PRUEBA.

1. Obligaciones de los Jueces:

El art.15 del Código Civil nos dice: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Por lo tanto se deduce de esta norma que el juez está obligado a fallar, aún cuando ninguna de las partes haya producido o creado en el intelecto del magistrado, una demostración acabada de los hechos.

Cabe por lo tanto, distribuir el riesgo de la ausencia de pruebas, diciendo de antemano a quién le correspondía probar y no lo hizo.

Podemos conceptuar a la carga de la prueba como, “la facultad que se adjudica a las partes de probar, en su propio interés, los hechos que fundamentan su pretensión”.

2. La regla que atiende a la posición de las partes en el proceso:

Esta regla nos señala que “el actor debe probar el nacimiento de su crédito (onus probandi incumbit actori), mientras el demandado debe demostrar los hechos que excepcionan. Lo relativo e insuficiente de esta regla lo demuestra que, el actor no siempre debe probar, ya que hay hechos que se presumen.

Como complemento de la máxima anterior, se enunciaba: “incumbit probatio qui dicit, non qui negat”. En un inteligente juego de palabras, Pontes de Miranda preguntaba si toda la regla cambiaba cuando una parte decía “murió” y la otra, “no vive más”; en una hay una afirmación y en la otra una negación.

Como intento de superar estas paradojas, es que Chiovenda focaliza la cuestión en los hechos. Él dice que el actor debe probar los hechos constitutivos, o sea, aquellos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impeditivos o extintivos.

3.La regla normativa:

Leo Rosemberg señala, que hay que atender a la relación de las partes con el efecto jurídico perseguido; de esta manera, una norma puede tener un efecto constitutivo, destructivo o inhibitorio variable.

Esta teoría es la que mas adeptos fue ganando, dentro de dicha tendencia se encuentra, el Código Procesal Penal de la Nación, que en su art. 377, 2º párr., dispone: “Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

Se diseña la noción de carga de la prueba no solo como una norma de conducta dirigida a las partes, sino también como una regla de juicio dirigido al juez. Le indica cómo resolver ante la presencia de hechos insuficientemente probados. Indirectamente señala a cuál de las partes le interesa la demostración, y por lo tanto asume el riesgo de la falta de evidencias.

4.La regla de la experiencia:

En el derecho sustantivo, se receptan reglas de juicio derivadas de la normalidad, de lo que sucede habitualmente, de la experiencia.

Son principios generales derivados de la experiencia:

a- El principio “pro damato”:

Es sabido que el derecho de daños se ha orientado hacia la protección de la víctima tratando de aligerar la carga probatoria de esta última.

Es una regla de experiencia que la víctima se encuentra en un estado de dificultad probatoria de lo que deviene la regla de facilitarle la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión o bien de invertirla.

En concreto, en el derecho de daños se ha resuelto el problema a través de la responsabilidad objetiva, así cuando hay responsabilidad objetiva no hay otra prueba que ofrecer que la del perjuicio causado y practicada esa prueba, la responsabilidad obra en cierto modo automáticamente.

b- Principio del económicamente débil:

Es conocida la regla que beneficia a la parte económicamente débil por sus dificultades de acceso a la prueba, de aplicación en el derecho de daños, principalmente en el ámbito de la responsabilidad contractual.

c- La profesionalidad:

Doctrinariamente se suele distinguir las relaciones jurídicas que se entablan entre profesionales y quienes no lo son. Cuando una de las partes tiene superioridad técnica cabe inferir que existe superioridad jurídica.

La distribución dinámica de las cargas probatorias se relaciona con la profesionalidad, ya que la prueba de hechos complejos incumbe a quien está en mejores condiciones de demostrarlos.

d- La prueba difícil:

La doctrina procesalista ha ido elaborando por su parte la teoría de las pruebas “leviores” aplicables en asuntos en que resulta difícil cumplimentar la carga demostrativa, por circunstancias ajenas al titular.

En los casos se admiten simples argumentos de probabilidad (*perspicua indicia*) que no producen una

evidencia objetiva pero que se tienen en cuenta como excepción debido a la aludida dificultad probatoria¹³.

e- La prueba “res ipsa loquitur”:

Considerada una regla probatoria por la cual la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa; presume que la próxima causa del daño fue la culpa.

Sus fundamentos son que: a) el paciente deja su seguridad en manos del médico y b) el profesional está en mejor posición para explicar lo sucedido.

Para su aplicación deben darse los siguientes requisitos:

- 1) Se debe tratar de un hecho que normalmente no ocurre sin negligencia.
- 2) No se trata simplemente de un resultado adverso sino que la negligencia debe aparecer como la más probable.
- 3) Debe haber un control del paciente y del instrumental.
- 4) No debe existir contribución causal o culposa por parte del paciente.

En relación a sus efectos hay tres posiciones:

¹³ **Peyrano Jorge N. Y Chiappini Julio A. “Estrategia procesal civil” Rubinzal y Culzoni. S. Fé p.3**

- a) Crea presunción de negligencia.
- b) Invierte la carga de la prueba; si no hay prueba en contra se hace lugar a la demanda.
- c) La inferencia resulta obligatoria si no hay prueba en contra.

Sus detractores dicen de su no aplicación porque:

- a) El médico no garantiza resultados.
- b) Se equipara a la responsabilidad objetiva.
- c) se puede condenar inocentes por inexplicables sucesos.

Al tratarse la responsabilidad del médico de una obligación de medios, la actuación del profesional debe ser siempre diligente y prudente y en principio el actor debe demostrar el incumplimiento de aquél en tales diligencias¹⁴ solo por excepción la actividad del médico configura una obligación de resultado, tal como ocurre en los casos de análisis anatomopatológicos o de intervenciones quirúrgicas de notoria simpleza o de cirugía estética, variando así la carga probatoria¹⁵.

¹⁴ Jorge Bustamante Alsina “Cuestiones de resp. Médica subsecuentes a un acto quirúrgico delicado” L.L. 1.993 C p. 12.

¹⁵ C. 1° C.C. Lomas de Zamora Sala II 03/09/91, V. De F.R. c/ R. J. – L.L. 1.993 A p. 155.

Por esto aunque todavía los jueces siguen afirmando que la carga de la prueba de la culpa médica incumbe al actor, pues el profesional solo asume obligaciones de medios, sin embargo de los recientes fallos se desprende que la frase inicial comienza a desdibujarse a través de la utilización de muy diversos procedimientos entre los cuales pueden mencionarse los siguientes:¹⁶

a) La teoría de la carga probatoria dinámica que impone el onus probandi a quien está en mejores condiciones de probar¹⁷ que tendría su apoyatura en los arts. 337 del C.P.C. y C. Nac. y 375 del C.P.C. Y C. De Bs.As.

b) La vieja regla del res ipsa loquitur las cosas hablan por sí mismas, sobre todo en aquellos casos en que el daño no puede explicarse, de acuerdo con el sentido común, sino por la existencia de una culpa profesional atento que el resultado no es ni mucho menos una consecuencia

¹⁶ En base a los principios que ut supra venimos analizando: **Kemelmajer / de Carlucci Aída “Ultimas tendencia jur. en mat. de res. med.” J.A. 1.992 III P. 80.**

¹⁷ **Borda de Radaelli C.Nac. C. Sala I F. C/ O. L.L. 1.940 D p. 114 y Bustamante Alsina op. cit.**

normal de acuerdo con el curso natural y ordinario de los acontecimientos¹⁸.

c) El importante rol atribuido a la prueba presuncional sobre todo cuando se extrae de una historia clínica mal llevada o inexistente¹⁹.

d) La rigurosidad de apreciación de la culpa profesional en este campo “encontrándose comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona, no cabe tolerar, ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resulten incompatibles con el recto ejercicio de la medicina”²⁰.

e) Un lento apartamiento o modificación del primigenio sentido de la división entre obligaciones de medios y de resultados que se aprecia en algunos votos en los que se leen expresiones como ésta: “La obligación es siempre de medios, pero de medios adecuados”²¹.

¹⁸ C. Nac. C. Sala D 08/08/89 Ruso c/ H. R. Mejías L.L. 1.990 E p. 417.

¹⁹ Bueres Alberto J. “Resp. C. de los Médicos” T. I p. 84 y Vázquez Ferreira “Prueba de la culpa Médica” p.102.

²⁰ C.N. Civ. Sala F 24/08/82 Bernal c/ Dirección Bienestar Armada E.D. 102 – p. 331.

²¹ Voto del dr. Rudi en C.2° Civ. y C. La Plata 30/10/89 V.V. c/ San. A.S. A. – E.D. 139 – 199.

En definitiva, un importante sector de la doctrina, considera que en la actualidad predomina la tesis de que la carga de la prueba recae tanto en el paciente como en el médico, más aún que en ciertas circunstancias, el principal obligado a probar es el médico, puesto que por sus conocimientos técnicos y teóricos y por haber llevado a cabo el mismo el tratamiento o la intervención quirúrgica, es quién está en las mejores condiciones para probar su falta de culpa²².

En su oportunidad el art. 1.625 de la vetada ley de unificación de las obligaciones civiles y comerciales, establecía como principio general para las profesiones liberales, que en el caso de controversia judicial, corría a cargo del profesional la prueba de haber obrado sin culpa. La solución provocó adhesiones y rechazos en nuestra doctrina y alarmó a las asociaciones de profesionales médicos, que hicieron público su temor de que esta presunción de responsabilidad instituida por la ley, generara una proliferación de las demandas por mala praxis.

²² C. Civ. Cap. Sala D 15/05/92, L.L. 1.992 D p. 579, con nota concordante de Bustamante Alsina; f. 09/08/89 L.L. 1.990 E p. 416; Sala k 07/09/89 J.A. 1.990 I 222; Bueres, “Resp. Civ. de los médicos” T. I p. 84 2º ed.; Morello “La resp. Civ. de los prof.” En “las respons. profesionales” p. 21 y sgts.; etc.

Es claro que dada la complejidad del tema y la dificultad de la prueba por parte del paciente, es preciso tener un criterio muy amplio para viabilizar la acción, bastando aún las simples presunciones, como lo han decidido ya nuestros jueces²³. Sobre este particular el Iller. Congreso Internacional de Daños, celebrado en la ciudad de Bs. As. en el año 1.993 (Comisión N° 2) recomendó “Es deseable la instauración de un criterio de amplitud en la recepción y modalidad de la producción de las pruebas en los procesos de responsabilidad profesional médica, atento a las peculiaridades que presentan éstos. Ello con vista a la prevalencia de la verdad jurídica objetiva, sobre una verdad meramente ritual”²⁴.

Una solución apropiada, según gran parte de la doctrina, sería la dada por el art. 1.554 del Proyecto de Reforma al C.C. elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, el cual dispone de una manera general (no solo referida al ejercicio de la medicina) que “salvo disposición

²³ C.Civ. Cap. 05/12/80 L.L. 1.980 D p. 480 y Sala D 09/08/89 L.L. 1.990 E p. 416. En este último caso, el tribunal dijo que era una presunción suficiente el daño que, según la experiencia, no podría explicarse de otra manera que no fuese por comisión de culpa.

²⁴ Obra colectiva “Los nuevos daños” p. 339. Hammurabi B. As. 1.995, coordinada por el doctor Carlos Ghersi.

legal en contrario, la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y los demostrativos de la no culpa, pesa sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlas”.

B- EVOLUCIÓN Y CRÍTICA:

1. El cambio:

El cambio comenzó en nuestro país, a mediados de la década de los '80, como un movimiento corrector en lo que hace a la prueba de la culpa profesional. La causa de tal cambio se hallaba en el hecho, de que la prueba de la culpa médica era sumamente difícil, a tal punto que llegó a ser calificada como prueba diabólica por algunos autores.

A los efectos de que a los pacientes le resultara más fácil –o al menos no le resultara imposible- la prueba de la culpa profesional, la doctrina y la jurisprudencia nacionales fueron ideando nuevas herramientas o bien utilizando con mas frecuencia instituciones procesales ya existentes, dentro de las que pueden citarse, la prueba de presunciones (contempladas expresamente en los códigos procesales) y la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Peyrano, a quien podríamos sindicar como el creador de esta teoría, señala que hay que aspirar a un Derecho “posible” y que hay que olvidar los sistemas pétreos.

Sugiere entonces que hay que pasar a un sistema de cargas dinámicas que pueden recaer en cabeza del actor o del demandado, según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes ²⁵.

En la responsabilidad civil médica hay una mayoría autoral y jurisprudencial que considera que el médico es quien está en mejores condiciones probatorias, ya que él posee la prueba, tiene una explicación posible de lo sucedido y la información.

Esto, sin duda ocasionado una importante oscilación, creando una confusión entre lo que era una regla de excepción, para pasar a ser un principio general.

Es que, según nos explica Vázquez Ferreira, la teoría de las cargas probatorias dinámicas es una regla residual, de excepción, cuya utilización prudente por parte de los tribunales debe tener lugar en aquellos casos en que surge en forma evidente que determinada prueba puede ser aportada muy fácilmente por una de las partes del

²⁵ **Peyrano, Jorge W. El derecho probatorio posible y su realización judicial, en Tácticas en el proceso civil, en coautoría con Julio O. Chiappini, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, t.III, p.39.**

litigio, mientras que a la adversaria le resulta una prueba de muy difícil o imposible producción.

Es por ello que Bueres también nos recuerda que: “la teoría de las cargas probatorias dinámicas no puede aplicarse con carácter general e indiscriminado (es residual)...La susodicha teoría constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del onus probandi. Sólo funcionará este recurso cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados disvaliosos o inicuos. En definitiva el instituto debe utilizarse in extremis²⁶.”

El paciente que invoca la teoría de las cargas probatorias dinámicas, debe al menos explicar por qué a su parte le resulta mucho más difícil probar la culpa galénica, en tanto que la prueba de la ausencia de culpa o del comportamiento diligente al profesional le resulta muy sencilla.

²⁶ Este es el criterio del creador de la Cargas probatorias dinámicas. Ver de Jorge W. Peyrano, “Aspectos procesales de la responsabilidad profesional” en “Las responsabilidades profesionales”. Libro en homenaje al profesor Luis O. Andorno. Ed. Platense, La Plata, 1992, p. 266.

En cuanto a la prueba de presunciones, no implica una verdadera inversión de la carga probatoria, ya que quien invoca la presunción, previamente debe haber desarrollado una actividad probatoria compleja tendiente a demostrar en forma directa al menos, los indicios que permitirán al tribunal hacer funcionar el mecanismo presuncional. Pero adviértase que no se trata de una inactividad probatoria de la parte o una inversión de la carga de la prueba. En realidad, a través de las presunciones, la culpa surge probada al menos de forma indirecta.

Pero es necesario que quede perfectamente claro que, al asumir el profesional de la salud una obligación de medios, la regla general sigue siendo que la prueba de la culpa sigue estando en cabeza del actor que imputa la responsabilidad al profesional.

Como resultado de lo expuesto, se puede concluir que cuando la responsabilidad médica se funda en la culpa, esta debe en principio ser probada por el actor. Todo ello sin perjuicio que el juez tenga en cuenta, al escrutar el caso concreto, la importancia de las presunciones judiciales y de las cargas probatorias dinámicas, cuyo funcionamiento de carácter excepcional, hace recaer la

carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentre en mejor situación de probar.

2. Síntesis experiencial:

Como corolario de lo hasta aquí precisado, podemos concluir que existen dos posturas claramente diferenciadas.

Una de ellas, establece que la carga exclusiva o concurrente de demostrar su falta de culpa corresponde al profesional.

La otra pone en cabeza del paciente la carga de la prueba, como regla general, pero admite ciertas excepciones a esta regla fija, flexibilizándola a través de las cargas dinámicas, la aplicación de la regla res ipsa loquitur y de las presunciones.

Si bien en doctrina las posiciones han ido acercándose, no sucede lo mismo en la jurisprudencia. Dada la multiplicidad de casos y de jueces, existe una gran diversidad de pronunciamientos, cosa que trae aparejada una gran inseguridad. Debido a ello, es que cuando el paciente ha probado la existencia del vínculo contractual o aquiliano, el daño y el nexo causal, al médico le corresponderá, mediante una actitud activa y presentando

la mayor cantidad de explicaciones posibles, intentar demostrar su falta de culpa.

CAPÍTULO CUARTO

LA UTILIZACIÓN DE OBJETOS

A – NÚCLEO DE LA PROBLEMÁTICA.

- 1- Introducción.
- 2- Inaplicabilidad del Art. 1113 párr. 2º en la órbita contractual.
- 3- Posibilidades de aplicación del art.1113 párr. 2º en el campo extracontractual.
- 4- Aceptación de los riesgos.

B – LEGITIMACIÓN.

- 1- Personas responsables.
- 2- Pretensión resarcitoria incoada por los derechohabientes.

CAPÍTULO CUARTO

LA UTILIZACIÓN DE OBJETOS

A- NÚCLEO DE LA PROBLEMÁTICA:

1. Introducción:

Es frecuente que el médico para desarrollar su actividad se valga de la utilización de instrumentos o aparatos. En cierta medida, esto apareja un indiscutible aumento de las posibilidades de curación, pero a la vez aumentan los riesgos por su utilización.

En este orden de ideas, el prestigioso jurista platense Trigo Represas destaca “que el empleo de objetos, en corolario del continuo avance de la ciencia, a la par que apareja beneficios como contrapartida incrementa los riesgos.

En la búsqueda de una mejoría para el enfermo se disponen medidas que ni remotamente habría imaginado la medicina de antaño. En efecto, existen en el mercado los mas variados productos farmacéuticos; se introducen

en el cuerpo sustancias u objetos (v.gr. inyectándose sueros, colocándose prótesis, y aun material de sutura para cerrar el corte derivado de una operación.); se interfiere sobre las funciones –fisiología- de órganos, aparatos, sentidos y sistemas; se modifica la anatomía de ser humano –mediante transplantes, implantes y extirpaciones-; etcétera ²⁷.

Es importante establecer la determinación del concepto de hecho de la cosa, pero es factible primero hacer algunas distinciones.

La primera de ellas refiere a deslindar, el actuar de la cosa con respecto al obrar humano.

Con respecto a ello, Bustamante Alsina dice que “la responsabilidad objetiva por riesgo sólo puede configurarse cuando el daño es causado por el hecho de la cosa y de ningún modo en el hecho propio del médico que consiste en la intervención quirúrgica practicada por el profesional, pues por mucho que se considere importante y decisiva la utilización de elementos físicos instrumentales, no puede subestimarse lo que es esencial

27 Trigo Represas, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-762 y ss.

en la misma, o sea la actividad desplegada por el cirujano en función de la técnica operatoria empleada, de sus conocimientos de la ciencia médica y de su idoneidad y ética profesionales”²⁸.

El mero hecho de que se halle presente una cosa, no transporta la responsabilidad al ámbito objetivo, para ello es necesario que el acto del hombre sea desplazado de su lugar central, erigiéndose la utilización del instrumento en la protagonista principal, ya que cuando la cosa ha sido una extensión de la mano del hombre, como ocurre con el bisturí en manos del cirujano, no es desplazado el actuar humano.

Esto esta directamente relacionado con lo sostenido por los hermanos Mazeaud y André Tunc, quienes dicen que: “No hay acción de la cosa más que cuando la cosa escapa al dominio material del hombre. De manera que el criterio tiene relación con el comportamiento de la cosa, no con el hombre. Habrá que determinar si ésta actuó activa o pasivamente, si obedeció o no los mandatos de su dueño, si ha escapado o no al control humano”²⁹.

²⁸ **Bustamante Alsina, Responsabilidad civil de los médicos por el ejercicio de la profesión, cit, ps. 63 y 55.**

²⁹ **Mazeaud y Tunc, “Tratado teórico-práctico de la respon. civil delictual y cuasidelictual”, Ejea, B.A. 1977, t. 2, vol.V, p. 79.**

Precisado cual es el campo del actuar humano, parece lógico establecer cuando existe hecho de la cosa.

Un criterio derivado de la jurisprudencia francesa, opina que existe hecho de la cosa cuando el daño es producido por un vicio de la cosa, con prescindencia de toda acción humana inmediata. Posee una indiscutible influencia en nuestro país, pero no se lo acepta como criterio excluyente³⁰.

Otro criterio se funda en la inercia de las cosas. Si la cosa está quieta, no interesa a la responsabilidad objetiva, mientras que cuando esta actúa dinámicamente es posible tal encuadramiento. Trigo Represas nos dice que tal simpleza es solo aparente, ya que la inercia de una cosa no puede ser apreciada con un carácter permanente, sino como su estado o situación en el momento del hecho dañoso.

El criterio de Georges Ripert se funda en el carácter peligroso que puede revestir la cosa. Estableciendo que son peligrosas aquellas cosas que están motivadas por una fuerza de la que no tenga el hombre control, que al

³⁰ Salas, Acdeel, *Responsabilidad por los daños causados por las cosas*, Abeledo, Bs.As. 1945, p. 46.

ser puestas en movimiento multiplican su potencia y que no resultan riesgosas sino por la fuerza de gravedad³¹.

La reforma de la ley 17.711 introdujo una modificación al art. 1113, regulando en su 2º párr. la responsabilidad derivada del hecho de las cosas.

Allí se distinguen los daños provocados con la cosa, sujeta o sometida al control humano (primer supuesto), de los daños causados por la cosa en forma autónoma, o sea con prescindencia del hombre (segundo supuesto).

Coinciden con el criterio expuesto, Alterini, López Cabana, Trigo Represas y Bustamante Alsina. Este último, distingue entre cosas peligrosas y cosas no peligrosas. Explica que de algunas cosas se puede decir que son peligrosas, pero de ninguna se puede decir, en cambio, que no lo sea en absoluto. Podemos ubicar en un sector las cosas que normalmente no son peligrosas, y en otro sector, aquellas que son normalmente peligrosas. Las primeras carecen de autonomía para dañar: solo son peligrosas como instrumentos del hombre ³². Las segundas son fuente autónoma de daños.

³¹ Ripert y Bulanger, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. La Ley. B.A. 1965.*, t. V, p. 128.

³² Se debe probar la culpa cuando el daño ha sido causado por el propio cuerpo del autor. Mas si el daño ha sido causado

Aquellas que tienen una autonomía para dañar pueden ser clasificadas en cosas que tienen un **peligro estático** y otras cuyo **peligro es dinámico**, según que pueda considerárselas, respectivamente, productora de daños en la mano del hombre –peligro estático- o que posean autonomía para dañar – peligro dinámico-.

Concretamente: El peligro estático es el de aquellas que conllevan en sí el riesgo (latente) pero requieren un factor extraño para desencadenar el daño; el peligro dinámico es el de las cosas que llevan el riesgo (patente) en su accionar.³³

utilizándose una cosa como instrumento de la acción, solo deberá probarse la relación de causalidad, pues la culpa del dueño o guardián de la cosa se presume “*juris tantum*”. Por lo tanto la carga de la prueba se invierte en este caso, y el demandado tendrá que probar las circunstancias eximentes de culpa: ya sea la demostración de la culpa de la víctima, de un tercero por el cual no responde, o del caso fortuito o fuerza mayor; o demostrando simplemente su falta de culpa. Llambías ha criticado la presunción de culpa en este caso. Sin embargo nada parece mas natural que presumir la culpa de quien, utilizando una cosa con intención de dañar o sin ella, ocasiona un perjuicio a otro, siendo que la cosa responde dócilmente a la voluntad de la persona que se sirve de ella.

33 Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, N° 1044, p. 404.

El peligro es una calidad accidental de las cosas. Lo estático es el peligro que la cosa puede llevar en sí, pero no la cosa misma. Las cosas inertes pueden tener normalmente un peligro estático. Cuando nos referimos a cosas inertes nos referimos a objetos que por su naturaleza están destinados a permanecer quietos por oposición a las cosas que no lo son, y que tienen por fin el movimiento sea en un lugar fijo o desplazándose.

Las cosas inertes o no, pueden ser colocadas por un individuo en situación de riesgo y ocasionar un daño no obstante hallarse en reposo.

Por su parte, Bueres nos dice que cuando el daño se produce como corolario de la actividad científica pura, subsiste la obligación de medios que pesa sobre el facultativo. Debido a que la gravitación causal de la cosa resulta irrelevante, prevalece el hecho del hombre y por lo tanto su carácter de deudor antes que guardián. Provocando que tenga primacía la obligación contractual (deber principal) por sobre el deber de seguridad (deber secundario). Por el contrario, cuando el daño es producido por la cosa con independencia de la actividad científica y del hecho galénico, bastará probar que no se obtuvo el resultado.

Creemos que este es el razonamiento correcto, que permite diferenciar el hecho de la cosa, del actuar humano dentro del campo de la actuación galénica.

Por lo pronto, cuando el daño se produce por el uso del bisturí de parte del facultativo, se trata de un acto profesional puro. Atendiendo al carácter dócil e instrumental que asume la cosa³⁴, caerá entonces bajo la regla del artículo 1109 del Código Civil.

Cuando se utiliza un bisturí eléctrico, y éste produce una descarga dañosa para el enfermo, es notorio que la cosa ha excedido el actuar humano, interviniendo activamente en la relación causal, por lo que se tratará del supuesto de responsabilidad por riesgo contemplado en el artículo 1113, segundo párrafo, apartado segundo del Código Civil³⁵.

³⁴ **Trigo Represas, "Reparación de daños" p. 778; Bueres, "Responsabilidad Civil de los Médicos", p. 190.**

³⁵ **Caso fallado por la Cám. De Apel. Civ. y Com. De Rosario, sala II, "B deL, M.E. y otros c/ S. P. S.A. y otros", Zeus del 24-04-79. La misma solución cabe cuando las lesiones se producen por la excesiva exposición a los rayos X, por la transfusión de sangre, falla en el termostato de una incubadora, asepsia y profilaxis deficiente de la clínica.**

Cuando el acto medical dañoso se produce dentro de la esfera de la responsabilidad aquiliana, es indudable la aplicación del artículo 1113 del Código Civil. Pero esto difiere cuando esta de por medio una relación contractual. Para una mayor precisión sobre el tema, pasaremos a un análisis pormenorizado de la cuestión.

2. Inaplicabilidad del art. 1113 párrafo 2º en la órbita contractual:

En esta línea de pensamiento, prima que establezcamos si el art. 1113 párrafo 2º es aplicable a las situaciones en que esta implicado un acto médico.

La jurisprudencia algunas veces se mostró vacilante, pues pese a considerar que la responsabilidad médica es comúnmente contractual, hizo aplicación de la norma del art.1113 párr. 2º.

Estimamos, de acuerdo con Bueres, que en los casos genéricos de responsabilidad contractual de los médicos no puede ser invocado el art. 1113 párr. 2º, a menos que el art. 1107 autorizara la opción.

Esto no implica que la prestación contractual asumida por el facultativo, en relación con las cosas utilizadas (artefactos, material médico, medicamentos, etc.) no sea normalmente objeto de una obligación de resultado. Como ejemplo de esto, podemos citar que en Francia se siguió este rumbo a raíz de los perjuicios sufridos por un paciente al que se le causaron quemaduras con un bisturí eléctrico durante el curso de una operación, de los daños provocados a otro enfermo al haber explotado un aparato de rayos X en el acto operatorio, y del detrimento originado a un asistido por el derrape del torno de un dentista. También se juzgaron como transgresiones de deberes de resultado, la acción de suministrar al paciente suero en mal estado de conservación y la de efectuar una transfusión de sangre que contenía gérmenes sífilíticos ³⁶.

Al respecto, Trigo Represas dice que aunque en nuestro ordenamiento positivo no existen normas que regulen la cuestión en la orbita contractual, sentando un principio general –a diferencia de lo que sucede en la esfera aquiliana con el art. 1113 párr. 2º- , lo cierto es que en algunos contratos típicos (locación, mutuo, comodato, etc.) y en el tratamiento de los vicios redhibitorios se insertaron disposiciones particulares que permiten el

³⁶ Le Torneau, *La responsabilité civile*, N° 1161 a1166, ps. 400 a 402.

intento de sistematizar el deber de responder negocial por la acción dañosa de las cosas (cfr. arts. 1525, 2176, 2247 y 2286) ³⁷.

De ello se sigue que el médico debe una obligación de seguridad-resultado por las cosas que emplea. Para establecer cuando funciona en el ámbito contractual ese deber determinado, accesorio del deber principal de suministrar asistencia médica, o éste absorbe a aquél, corresponde distinguir-de un modo análogo al que se impone en la esfera aquiliana- el daño provocado por el facultativo en corolario de la actividad científica pura (aunque en su producción intervenga una cosa), del daño que engendran los aparatos médicos independientemente de la libre investigación y del hecho intelectual galénico. En la primera hipótesis, subsistirá la obligación de medios del médico referente a la prestación de salud propiamente dicha; en la otra bastara para comprometer dichas responsabilidades que no se obtenga el resultado asegurado mediante el empleo de las cosas.

En consecuencia, demostrada por el paciente la falta de consecución del resultado perseguido a través del empleo

37 Trigo Represas, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL,1981-B. Cap. II, C, ps. 780 a 781.

de una cosa, sólo asistirá al médico la posibilidad de destruir el nexo causal probando el caso fortuito.

Mosset Iturraspe precisa que la revelación del casus exige la prueba del origen extraño del hecho. El requisito de extraneidad no se cumplirá cuando el perjuicio reconoce génesis en el vicio de la cosa o en la mayor dañosidad que se sigue de su uso o empleo: el vicio o riesgo de la cosa no es, por tanto, un hecho extraño respecto de la cosa, sino un hecho propio de la misma por el cual hay que responder ³⁸.

Creemos que ésa es la solución que cabe inferir de la recta interpretación del art. 1113, párr. 2º, que alude específicamente al riesgo y vicio de la cosa, y creemos que aunque en la esfera contractual esté en el tapete un deber de seguridad-resultado, extraño normativamente a esas premisas, no hay motivos para apartarse del mismo lineamiento (el del art.1113 citado) máxime cuando tal deber es objetivo. De ahí que la exigencia de extraneidad de que nos habla Mosset Iturraspe no merece objeción alguna. También Jorge A. Mayo está de acuerdo con el hecho de que el caso fortuito invocable para excluir la

38 Mosset Iturraspe, Responsabilidad civil del médico, cit., ps. 157 y 158.

responsabilidad contractual por el hecho de las cosas ha de ser externo ³⁹.

Para Bueres, el deber de seguridad-resultado por las cosas empleadas compete al establecimiento de salud o al médico que lo asumen (como sujetos de la relación jurídica obligacional) con carácter accesorio del deber jurídico principal de naturaleza asistencial (sin distinción de que esos sujetos sean dueños o guardianes).

Cuando el médico desempeña funciones en una clínica, entendemos que pese a no ser dependiente de ella en el aspecto técnico-científico, igualmente responderá por la acción dañosa de las cosas propiedad de la clínica en calidad de deudor directo (art. 504) –sin perjuicio de que pueda ser guardián-.

En contra de esta postura se halla Mosset Iturraspe, quien dice que el médico dependiente de la clínica, aunque utiliza las cosas como medios, no puede ser catalogado de guardián (no siendo dueño de ellas). Al no tener poder jurídico o el poder de hecho es ajeno a los

39 Mayo, Jorge A., Acerca de la aplicación del art. 1113 del Código Civil a los accidentes y enfermedades laborales, ps. 573 y 574.

vicios o riesgos de la cosa; tales hechos son imprevisibles e inevitables para él ⁴⁰.

Como podemos percibir, Mosset encamina su razonamiento hacia la idea de guardián y no hacia la de deudor en este tipo de deberes. Considerando el médico como un servidor de la posesión y restando toda importancia al hecho de que el deber de resarcir del facultativo sea de naturaleza contractual.

Por nuestra parte creemos que la obligación de seguridad-resultado de tipo objetivo por el empleo de las cosas en el ámbito contractual, apunta a la calidad de deudor y prescinde por completo de los conceptos de dueño o guardián. En consecuencia, tanto el sanatorio como el médico, en virtud del art. 504, son deudores contractuales y directos de ese deber objetivo ⁴¹.

Tobías también se enrola en esta posición, pues dice que la clínica que contrata con un enfermo responde como deudora de la obligación médica. No obstante, el autor estima que el facultativo no responde cuando esta

40 Mosset Iturraspe, Responsabilidad civil del médico, cit., ps. 158 y 159.

41 Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, ps. 186 y 187.

subordinado a una clínica, pues no sería sujeto pasivo de la relación obligatoria, sino un mero auxiliar de quien se sirve la clínica –deudora- para cumplir la prestación⁴².

Refiriéndose a la obligación tácita de seguridad de resultado, con respecto a los daños provocados por el riesgo o vicio de la cosa, establece que la misma no es aplicable si se utiliza una cosa riesgosa que ocasiona daños al paciente, cuando dichos perjuicios fueron tenidos en cuenta como probables o posibles por el médico y, no obstante, éste optó por emplear esa cosa para evitar males mayores en la salud del enfermo, y a condición de que este –o en su defecto sus representantes- fueran debidamente informados acerca de los riesgos del tratamiento y de los objetivos perseguidos⁴³.

Las precisiones de Tobías, en este aspecto nos parecen lógicas, y pensamos que una de las hipótesis imaginables que pueden caber dentro del sector segregado del campo de la obligación tácita de seguridad, podría ser la de los daños que se causan en alguna parte del cuerpo a un

42 Tobías, El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas, LL, 1983-B, Cap.V, pag.1151.

43 Tobías, cit., LL, 1983-B-1150 y 1151.

enfermo de cáncer al cual debe tratarse con quimioterapia para extinguir el tumor o para reducirlo o, en fin, para evitar su desarrollo.

Por tal razón, no participamos de la crítica que hace Parellada a Tobías, al decir que aquel distingue los casos de riesgos de la cosa ajenos al riesgo médico y los casos de vicios de la cosa y, por otra parte, los casos de riesgos propios del tratamiento médico consentidos por el paciente informado. Y agrega que la distinción es sutil pues resulta difícil imaginar una cosa utilizable para un tratamiento médico que tenga un riesgo como cosa y otro riesgo distinto como cosa-instrumento médico. Tampoco cree que pueda aceptarse el argumento de que la cosa es utilizada por el médico o la clínica en interés del paciente, pues ella llevaría a concluir que toda intervención profesional es inmune a la responsabilidad, dado que se debe a la enfermedad del paciente que es causa ajena para el profesional.

Por último Parellada refiere que se supone que la utilización de un material suficientemente experimentado no ha de provocar daños salvo intervención activa de la cosa; y si no estuviera comprobada su inocuidad el uso del instrumental dañoso o contraindicado para ciertas especiales sensibilidades, debería haber sido descartado por el profesional, y el no haberlo hecho evidenciaría

culpa y sólo encontraría justificativo en el estado de necesidad.

En rigor, toda actividad médica con cosas o sin cosas presenta riesgos. Pero estos riesgos son los anexos, forzosos e inseparables que presentan las actividades médicas con cosas o sin cosas, y no los riesgos computables para determinar el carácter de cosa peligrosa aunque se use en un tratamiento médico (que Tobías enmarca correctamente en el campo de la obligación de seguridad de resultado).

No hay distingo entre una cosa riesgosa y una cosa riesgosa usada como instrumental médico, según dice Parellada. Pero es que ese distingo no cabe, dado que en el caso esta siempre implicada una cosa riesgosa –o viciosa- que se utiliza en un acto galénico. Asimismo, una cosa riesgosa que ocasiona un daño al paciente no exime de responsabilidad al médico o al ente sanitario por la circunstancia de que el susodicho paciente tenga interés en el tratamiento. Lo contrario nos conduciría a acoger la rechazada tesis de la aceptación de los riesgos, llevada a límites extremos, o sea, no ya para trastocar el factor objetivo por el factor subjetivo, sino para suponer que el interés del enfermo fractura el nexo causal al constituir una causa ajena.

Pero todo esto es algo completamente distinto del supuesto en que una cosa sin vicios, no es riesgosa por si misma, sino que es riesgosa en el sentido médico, es decir, en el sentido de que ese objeto se necesita para salvar males mayores al enfermo, sabiendo el médico y el referido enfermo que este último puede experimentar males secundarios o menores –derivados de ese peligro médico comunicado por medio de la cosa- .

Es indudable que en tales circunstancias no puede funcionar la obligación tácita de seguridad-resultado. Hemos proporcionado el ejemplo de la quimioterapia, y también podríamos mencionar muchos otros (por caso: los medicamentos en general pueden solucionar un problema serio en la salud del enfermo, pero también suelen suscitar problemas menores en su aparato digestivo o elevar su tensión arterial o generar cansancio o somnolencia, etc).

En suma: creemos que es nítida la distinción entre el riesgo de una cosa utilizada con fines médicos –supuesto en que el paciente acepta el tratamiento pero no el riesgo-, y el riesgo médico que a veces supone el empleo de una cosa que es menester utilizar a conciencia de su

potencialidad dañosa específica por el médico y el paciente.

Cuando hay un riesgo médico que determina el uso de una cosa que ofrece peligro por razones de imperiosa necesidad, el acto médico es lícito pues esta justificado por el ejercicio legítimo de un derecho o por el estado de necesidad –sin perjuicio de adosarse a esas causas de justificación, el llamado consentimiento del paciente-.

Sólo sería antijurídica la conducta dañosa del facultativo en cuanto excediera o sobrepasara los límites de dañosidad previstos y consensuados y en tanto en cuanto no mediara otra causa de justificación. En el supuesto de verificarse esa ilicitud objetiva, cabría luego discurrir si el daño obedece a la culpa del médico –si su obrar o acto galénico puro absorbió al hecho de la cosa-, o si funciona la obligación de seguridad-resultado en la medida que la cosa dañó por su riesgo o vicio mas allá de los perjuicios calculados y aceptados dentro del marco del riesgo médico stricto sensu.

3. Posibilidades de aplicación del art. 1113, párr. 2º en el campo extracontractual:

Si la relación entre la clínica y el enfermo es extracontractual, no hay prima facie inconveniente para que tenga vigencia el art. 1113, párr.2º, que nos preocupa.

Debemos dejar bien claro que es menester examinar con mucho cuidado, si el perjuicio obedece al hecho de la cosa, subordinada al dominio del hombre o derivado (el perjuicio) de su propia gravitación o, en sentido opuesto, si dicha circunstancia –acción de la cosa accesoria o principal- no ostenta envergadura frente a la trascendencia que tiene el acto médico, el que en este caso, absorbería entonces aquella circunstancia (incidencia de las cosas).

Por lo tanto, en la medida que la cosa sea un simple instrumento productor de daños, sin entidad en cuanto quede supeditada, a algo mucho mas importante, cual es el hecho científico –ambos elementos evaluados en su concurrencia a la producción del perjuicio-, no podrá hablarse de daño producido con la cosa (responsabilidad subjetiva presunta del dueño o guardián) o de un daño causado por la cosa (presunción de responsabilidad de

los mentados sujetos informada en el riesgo como factor de atribución objetivo).

Pero en los restantes casos, en que el hecho de la cosa es ocasionante del perjuicio por sí mismo, sin atención al hecho galénico estricto o puro, es de total aplicación el art. 1113, párr. 2º, ya que estamos convencidos de que el acto médico no merece ser aprehendido desde el punto de vista jurídico con un enfoque diferente al que concierne a cualquier otro quehacer, en lo que hace a la regulación de los factores objetivos o subjetivos de responsabilidad.

Coincidimos con Trigo Represas en que el corte hecho con un bisturí por un cirujano, configura un daño atribuible al médico por su acto profesional puro (art. 1109).

En cambio las descargas eléctricas sufridas por el enfermo del empleo de un bisturí eléctrico en mal estado (cosa riesgosa), han de situarse en la preceptiva del art. 1113, párr. 2º, ap. 2º.

Finalmente, los denominados oblitos quirúrgicos, serían casos de daños ocasionados por el hombre con la cosa (art. 1113, párr.2º, ap. 1º.), pues en ellos, aparentemente, el hecho de la cosa sometida al control humano se

independiza o se escapa del marco del acto médico propiamente dicho.

Trigo Represas expresa que la hipótesis de oblitos quirúrgicos debe considerarse como de daño causado con la cosa, pues si bien el objeto participa en la producción del daño, no resulta evidente que el mismo, en su accionar, haya rebasado propiamente la actuación del facultativo. Y ese cometido médico respecto de la cosa ha sido imperfecto, de donde se infiere que el objeto no ha obedecido al profesional dócilmente (en suma: prevalece el hecho humano pero el desacierto no proviene del intelecto puro del galeno, sino del comportamiento rebelde de la cosa)⁴⁴.

4. Aceptación de los riesgos:

Se sostuvo que la presunción de responsabilidad objetiva que sienta el art. 1113, párr. 2º, supuesto segundo, no rige si la víctima acepto el riesgo que conlleva la utilización de la cosa.

44 Trigo Represas, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B, N° 126, cap. II, ap. D, ps. 782 a 784.

Estamos en desacuerdo con esta teoría en cualquiera de las modalidades que pueda asumir, pues a veces, a base de la invocación de una aceptación de riesgos se pretendió invertir la carga de la prueba o bien eliminar o reducir el debido resarcimiento.

Cabe señalar que esta teoría no puede tener cabida en un sistema normativo como el nuestro en donde la liberación del presunto dañante puede producirse si se prueba el hecho de la víctima. Conocer un riesgo no implica aceptarlo, ni someterse mansamente a él renunciando a las posibilidades de efectuar el reclamo indemnizatorio. Aún más, si el damnificado hubiera aceptado un riesgo habría que indagar si esa actitud puede asumir o no desde el punto de vista causal la entidad del hecho de la víctima. Si la conclusión fuese afirmativa, por esa sola razón y no por la aducida aceptación de riesgos, corresponderá eliminar o reducir el importe indemnizatorio⁴⁵.

Las operaciones quirúrgicas imprescindibles o útiles –o los tratamientos con cosas de las mismas características– tornan innecesario hablar de aceptación de riesgos por el

⁴⁵ CNCiv., Sala D, in re: “Zorzoli c/ empresa Constructora Arroyo y otro”, 26/06/84

enfermo para justificar la acción del profesional, pues éste actúa lícitamente⁴⁶.

⁴⁶ Orgaz, “La culpa”, Lerner. Córdoba, 1970, ps. 242 y 243.

B- LEGITIMACIÓN:

1. Personas Responsables:

La responsabilidad por el hecho de las cosas afecta al dueño o guardián de ellas. De allí que la entidad médica o el profesional que invistan esas calidades son potencialmente responsables de los daños originados en las condiciones previstas por el art. 1113, párr. 2º.

Ahora bien, cuando el médico ocasiona el daño mediante la utilización de una cosa, se dice que no se le puede atribuir el carácter de guardián de ese objeto si esta en relación de dependencia respecto del sanatorio o clínica (propietario de la cosa)⁴⁷.

Bueres reafirma que el facultativo desde el punto de vista técnico profesional, no es un dependiente de la clínica, circunstancia que lo condujo a echar mano al art. 504 para justificar la vinculación del mismo con el enfermo.

Consecuentemente entiende que el empleo de la cosa de propiedad del establecimiento, responsabiliza al galeno

⁴⁷ Mosset Iturraspe, *Responsabilidad civil del médico*, cit., ps. 158 y 159.

como guardián de ella, desde que este ejerce un poder de mando o de control sobre el objeto (guarda intelectual) emanada de una tenencia legítima.

Trigo Represas acepta la posibilidad de que el médico no actúe como dependiente de la clínica, en cuyo caso pasa a ser guardián de las cosas de propiedad del ente que utiliza.

En cambio es inatacable que si el daño fue generado por dependientes de la clínica (empleados, enfermeros, personal paramédico en general, etc.), mediante la utilización de cosas de la que aquella es dueña, no podrá adjudicarse a los auxiliares el carácter de guardianes, dado que el dependiente pese a detentar materialmente la cosa es un servidor de la posesión que tiene el principal.

Bustamante Alsina destaca que podría darse la hipótesis excepcional, de que un dependiente ostente la guarda de la cosa, cuando la asume contrariando órdenes o instrucciones recibidas acerca de su manejo.

2. Pretensión resarcitoria incoada por los derechohabientes:

La pretensión que asiste a los herederos del paciente fallecido contra la clínica, mutual, obra social, médico, etc, debe encuadrarse en los preceptos de la clase de responsabilidad que la sustente, hecho este decisivo para dirimir si rige o no el art. 1113, párr. 2º.

De proponerse tal pretensión por los herederos como continuadores del causante, supuesto que este y el facultativo tuvieran un lazo contractual, motivo por el cual cabrá emplazar la cuestión en la órbita convencional, sin poder recurrir a las disposiciones de los actos ilícitos –a menos que el hecho de que se trate degenerare en un delito del derecho criminal. (art. 1107).

Si el actor decide encaminar su pretensión iure proprio, y logra probar un daño proveniente del hecho de la cosa, le alcanzará para determinar el éxito de su pretensión en virtud del art. 1113, párr. 2º. Todo ello en tanto el sanatorio, o el médico no demuestren la no culpa del galeno si el perjuicio fue causado con la cosa, o la causa ajena en dicho supuesto y en el daño ocasionado por la cosa.

Si, en cambio, el demandante desea que se estime su pretensión iure hereditatis y el origen de la misma es contractual, tendrá que aportar la prueba de la culpa del médico, a menos, que el deber jurídico asumido por el facultativo sea de resultado.

CAPÍTULO QUINTO

INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

A- RELACIONES ENTRE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.

1- El condicionamiento de la actividad económica.

B- EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

1- El Derecho a una información adecuada y veraz.

2- El Derecho a informar y estar informado.

C- EL DEBER DE INFORMAR.

1- Fundamentación.

2- La información como deber de conducta.

D- RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE OBTENER EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

1- Omisión del consentimiento informado como lesión autónoma.

2- Omisión del consentimiento y la negligencia en el tratamiento.

CAPÍTULO QUINTO

INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

A- RELACIONES ENTRE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. El condicionamiento de la actividad económica:

Cada vez se hace mas notorio que la actividad económica se vincula con el conocimiento, produciéndose la creación de nuevos mercados por la aparición de nuevos inventos. Estos mismos que cuanto mayor carga tecnológica posean, se mostrarán como con mayor respetabilidad, pese a no haber sido pensados para su durabilidad, destruyendo así un viejo concepto de producción que concebía a las cosas para que su duración fuese ilimitada.

La mutabilidad del producto evidencia el cambio de necesidades, las cuales muchas veces responden a reacciones inducidas. El conocimiento dentro de esta vorágine consumista, pierde vigencia rápidamente, y con él, el marco regulatorio con el que se interrelaciona, todo

lo cual ocasiona una necesaria flexibilización de sistemas e incluso de instituciones.

El conocimiento se muestra como fuente de poder, lo que nos permite afirmar que tiene la suficiente importancia como para merecer la atención del Derecho.

El primer punto a atender, es la división existente entre quien provee profesionalmente productos y servicios y quienes los consumen.

La generalidad nos dice que quien tiene fortaleza económica, también tiene superioridad técnica, sobre todo en la contratación en masa. También existe el profesional individual, que no contrata masivamente ni tiene poderío económico, aunque si superioridad técnica. También se advierte el negocio pequeño, o el profesional no universitario, que puede tener alta especialización y debilidad económica.

Es notoria la importancia que reviste, en este sentido, el amplio criterio que proponen Alterini y López Cabana, estableciendo que: “Son notas distintivas de la profesionalidad la autonomía técnica, la condición de experto en determinada área, habitualidad,

reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, sujeción a normas reglamentarias y éticas”⁴⁸.

Lorenzetti nos indica que “La profesionalidad constituye un dato de las relaciones jurídicas que pone de relieve aspectos de fisonomía particular. El más relevante de todos es que, en este terreno, las distancias no son sólo económicas sino informativas. Es la brecha informativa entre uno y otro contratante la que opera como desequilibrante del igual emplazamiento prestatorio”.

Pero la diferencia entre el especialista y el profano no solo radica en la medida del conocimiento del objeto, en el sentido de que uno conoce y el otro no. También se refieren a distintos conocimientos, puesto que “los profanos y los especialistas poseen conocimientos totalmente divergentes acerca de los acontecimientos de la enfermedad”, existiendo una compulsión derivada del rol de enfermo, que obliga a “desear ponerse bien lo más rápidamente posible, y buscar ayuda técnica en el médico”⁴⁹.

⁴⁸ Segundo encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988, com. 2.

⁴⁹ Macoe, Sociología de la medicina, Alianza, Madrid, 1984, ps. 119 y 125; Panasco, Wanderby Lacerda, A Responsabilidade Civil, Penal e Etica dos Médicos, 2º ed., Forense, p. 103.

Es menester determinar que en la relación entre información y conocimiento, se verifica una relación de causa a efecto, siendo necesaria aumentar la circulación de información, en beneficio de una mejora en las decisiones de los individuos. Con motivo de ello, es que el sistema jurídico consagra un derecho a la información y un deber de informar. Aspectos ambos que seguidamente serán desarrollados.

B- EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

1. El derecho a una información adecuada y veraz:

El artículo 42 de la Constitución Nacional señala que los consumidores y usuarios tienen, en la relación de consumo, derecho a una información adecuada y veraz.

En este sentido, el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y el I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario, recomendaron incorporar el reconocimiento supralegal de los derechos de los consumidores y usuarios dentro del marco de la reforma de la Constitución Nacional, y mencionan el derecho a la información.

2. El derecho a informar y a estar informado:

En toda práctica democrática libre, el derecho a la información se constituye en uno de los presupuestos básicos de la misma. La democracia puede frustrarse ante la ausencia de participación, y para participar hay que estar informado.

El derecho a la información comprende el derecho a informar y a estar informado, siendo esto expresión de dos problemáticas diferentes.

La primera es la tradicional, el derecho a informar que se vincula con la libertad de expresión. Es un derecho del emisor del mensaje informativo, del titular de la información, a hacerla llegar al destinatario sin obstáculos arbitrarios en el camino.

La segunda es novedosa. Es el derecho del receptor del mensaje, del consumidor de información, a ser informado para poder decidir libremente.

C- EL DEBER DE INFORMAR.

1. Fundamentación:

Conforme con lo que podemos considerar una definición descriptiva, podemos decir que “el deber de informar se refiere a una conducta impuesta a alguien a fin de que aclare a otra persona relacionada o que pueda relacionarse con él, aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o previsión del otro si dichos datos no se suministran”⁵⁰.

Se torna menester precisar desde un aspecto netamente jurídico que es el deber de informar. Podríamos definirlo como: “el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinentes a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o la

⁵⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, t. I, p. 200.

inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra”.

Al querer establecer cual es el fundamento del deber de informar, podemos decir que el mismo se encuentra en la buena fe, que debe presidir toda relación patrimonial.

En el Derecho anglosajón también se han utilizado argumentos similares cuando se señala que: “Como resultado de la naturaleza fiduciaria de la relación entre el médico y el paciente, aquél tiene el deber de revelar al paciente aquello que en su mejor interés es importante que él deba conocer acerca de la verdadera condición de su estado de salud”⁵¹.

Es preciso destacar que la oferta contractual conlleva necesariamente, la información como un requisito de la autosuficiencia o completividad de dicho acto.

En el plano de la responsabilidad precontractual, la ausencia de información o su deficiencia pueden generar una aceptación viciada de error cuya consecuencia es la anulabilidad del acto (arts. 926,927,928 y 1056, Cód. Civ.).

⁵¹ “*Emmett versus Eastern Dispensary*”, 130, App. DC. 50. 396. F2d. 93. Am. Jur. 61. 2d. 228.

En el contrato médico se lo vincula con el consentimiento; se habla de consentimiento informado, el cual reviste una gran importancia a la hora de definir la extensión del deber informativo.

El principio del consentimiento informado señala que toda persona siendo adulta y de fundado razonamiento tiene un derecho a determinar qué debe hacerse con su propio cuerpo.

El médico tiene un deber de información que surge del art. 11 de la ley 21.541, aplicable analógicamente. En tal sentido, aunque no resulte expresamente establecido en la ley 17.132 y sus modificatorias, el médico debe informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes.

2. La información como deber de conducta:

En consonancia con la doctrina mayoritaria, clasificamos al deber de informar como una obligación que tiene su fuente en el contrato. Como obligación es accesoria y por

ello algunos autores la denominan “deber secundario de conducta”.

Calificado de esta manera, el deber se tiene tanto en el período precontractual, contractual y poscontractual. En la primera etapa se refiere a los aspectos publicitarios, marketing y primera entrevista médica. El segundo se relaciona con el diagnóstico y tratamiento. El tercero con el alta y los cuidados postratamiento.

En todas las etapas mencionadas se tiene el deber de informar al paciente.

En cada etapa hay actos principales y accesorios, y el consentimiento para lo principal supone lo accesorio. Es obvio que si se da una aprobación para una intervención quirúrgica, ello implica la de los actos preparatorios, los actos accesorios de la misma y los que se consideran normales, siempre que tiendan a la curación.

Esta regla admite como excepción aquellos casos en que el tratamiento que se aplica es por sí mismo riesgoso. Si la intervención quirúrgica para extirpar un pequeño tumor importa el seccionamiento de un órgano y ello no ha sido motivo de información y consentimiento, debe obtenerse, salvo una urgencia que no lo permita.

La información debe prestarse en cada caso directamente a la otra parte y no se sule con la publicidad general.

En el Derecho anglosajón se exige el ajuste a lo que se suele hacer, a lo que haría un médico de la especialidad; es el standard profesional y criterio objetivo.

Este enfoque prescinde de lo que el paciente desearía saber para orientar su decisión. En el caso “Canterbury versus Spence” del año 1972, se dijo que la mayoría de las Cortes toman en cuenta si es costumbre que los médicos de la comunidad hagan la comunicación al paciente; ello es peligroso porque no computa la prerrogativa del paciente de decidir por si mismo la terapia. La información debe ser mensurada por las necesidades del paciente; debe informarse entonces sobre todos los aspectos que pueden influir sobre la toma de su decisión.

La Corte se apartó del tradicional punto de vista profesional para determinar el deber de informar y estableció que deben comunicarse los riesgos que el paciente podría considerar como materia para tomar una decisión relativa al tratamiento. Bajo este standard subjetivo el facultativo está sujeto a responsabilidad por

fallar en obtener el consentimiento informado aun si siguió la práctica común o el standard de razonable cuidado definido por otros pares.

Por nuestra parte entendemos que se debe poner en conocimiento del contratante todos aquellos datos que se consideren suficientes como para evitar daños u inferioridad negocial. Por lo tanto, en la medida que los elementos subjetivos(miedos, creencias, religión, etc.) se conviertan en un obstáculo para la información, deben ser sorteados. Por lo tanto la información debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del receptor.

Por otra parte, la información debe concentrarse y no se considerará cumplido el deber de información cuando el contrato se remita a libros o reglamentos hospitalarios que se declaran conocidos.

También se admite que el médico debe informar sobre los riesgos más comunes, lo que se denomina riesgos estadísticos. No hay obligación de informar sobre los riesgos anormales, extraños.

Esta regla se deja de lado en el caso de los denominados riesgos residuales. Esta excepción se aplica a prácticas

en las cuales existe un riesgo improbable pero cuya información es relevante porque el paciente puede adoptar medidas para prevenirlo. El tópico es de aplicación a las operaciones de esterilización.

D- RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE OBTENER EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

1. Omisión del consentimiento informado como lesión autónoma:

En el Derecho anglosajón, la regla del denominado “**informed consent**” surge como una lesión autónoma. Tratándose de una violación de la libertad del paciente y es suficiente para producir responsabilidad; las lesiones consiguientes derivadas del tratamiento, bueno o malo, son motivo de otro análisis.

El primer caso data del siglo XVIII, en Inglaterra. Se plantea en “Slater versus Baker & Stepleton” la responsabilidad de dos médicos por haber desunido una fractura parcialmente unida sin el consentimiento del paciente.

El caso líder en los Estados Unidos fue “Schloendorff versus Society of New York Hospital”, por el cual la actora siendo intervenida de un fibroma, ella creía que se trataba de una intervención para corroborar el diagnóstico. El agravamiento de la paciente que fue imputado al médico

por otros males, fue considerado en forma separada de la responsabilidad por una invasión de la libertad.

El consentimiento debe ser fundado en la libertad, de modo que su ausencia importa una invasión que por sí sola resulta dañosa.

Por supuesto que será necesario discrimina el nexo causal con el daño, examinando aquello que suceden como derivación de la afectación de la esfera de libertad y los que derivan de un tratamiento culposo.

2. Omisión del consentimiento y la negligencia en el tratamiento:

Es preciso establecer con certeza las consecuencias jurídicas de la omisión del deber de informar o de su cumplimiento defectuoso.

Como el incumplimiento puede darse en la etapa precontractual, podría por tal motivo dar lugar a nulidad y al derecho a solicitar el resarcimiento al interés negativo o llamado de creencia o confianza.

También podría plantearse el incumplimiento del deber de información producido durante la vigencia del contrato, a pesar de haberse cumplido correctamente la prestación principal.

Cuando existe culpa en la prestación del tratamiento, normalmente será irrelevante la discusión sobre la violación del deber de información, porque la responsabilidad existe con la prueba de la primera de las cuestiones.

En cambio cuando la prestación es correcta y no se informó, la cuestión adquiere relevancia. También la adquiere cuando no se puede probar claramente que hubo culpa en el incumplimiento de la prestación principal.

La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente. No es necesario que exista negligencia en el tratamiento. En cuanto al nexo causal, la víctima debe demostrar que el daño proviene de un riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la víctima no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido.

Este perjuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento. Hay casos en que si no

se somete al tratamiento la enfermedad le causará mayores perjuicios, y por ello es irrelevante la cuestión.

CAPÍTULO SEXTO

BREVES CONSIDERACIONES

- # A- SANATORIOS, DEPENDIENTES Y AUXILIARES.
- # B- SOBRE LA HISTORIA CLÍNICA.
- # C- OBRAS SOCIALES Y MUTUALES.
- # D- EL ERROR DE DIAGNÓSTICO.
- # E- COMPORTAMIENTO DILIGENTE.

CAPÍTULO SEXTO

BREVES CONSIDERACIONES

A-SANATORIOS, DEPENDIENTES Y AUXILIARES.

Básicamente esta cuestión se plantea en los supuestos en que el médico llega a brindar su servicio al paciente, llamado por un familiar o por un tercero (evidentemente esta situación no es excluyente).

Al respecto existen dos posturas: Una de ellas opina que se trataría de un contrato a favor de terceros. Así contrata el médico con la Institución y ésta con el paciente. A la primera relación el paciente es ajeno, sin embargo de ella nace un beneficio para él⁵². Para otros se trata simplemente del cumplimiento de la obligación

⁵² C.Apel. C.C. Morón, Sala I 23/12/82, Fernández c/ Municipalidad de Morón y otros s/ d. Y perj. – Entre el Hospital y el médico que presta sus servicios en el mismo, se establece un verdadero contrato a favor de tercero: el eventual hospitalizado; y la responsabilidad es contractual en tanto su relación con el Hospital como con el paciente.

prometida⁵³ que el médico ha realizado con el Sanatorio u Hospital. En este sentido el profesional se relaciona con el paciente, a título de dependiente encargado o subordinado; el médico no contrata con el enfermo sino que se limita a cumplir con un contrato que otro celebró.

En doctrina es predominante la postura que el Sanatorio u Hospital asumen el hecho de su auxiliar como deudores de la prestación asistencial y no pueden relevarse alegando culpa o dolo de su dependiente.

Así para algunos, entre los que se encuentra Trigo Represas, cuando el médico presta sus servicios en ausencia de todo vínculo contractual, como ocurre si no es llamado por el enfermo, sino por otro, o si acude espontáneamente etc., en todos los casos la

⁵³ Mosset Iturraspe explica que la posición del contrato a favor de tercero peca a su juicio de sofisticada y de poco realista, a lo que agrega que el Sanatorio, Hospital o Clínica – también las obras sociales y mutuales- asumen el hecho de su auxiliar con sus connotaciones jurídicas y como deudores de la prestación de salud y no pueden exonerarse alegando culpa o dolo de sus auxiliares, sustitutos o ayudantes. El médico es un dependiente del centro asistencial, siendo la institución la que se obliga, la que debe responder, cumpla la prestación por sí o por terceros. M. I. En “Respons. Civ. Del médico”, en “Seguros y resp. Civ.” P. 111 y N° 2 p. 114 y 115.

responsabilidad en que puede incurrir será de naturaleza extracontractual. Para otros, la acción, sería siempre en estos casos, contractual.

Siempre téngase en cuenta que la responsabilidad objetiva del riesgo creado del art. 1.113 del C.C., con referencia a las instituciones Hospitales o Sanatorios y auxiliares, los obliga por la mala práctica de los profesionales allí contratados.

Los fundamentos se expresan a través de muy clara jurisprudencia: “La Responsabilidad directa que pesa sobre las instituciones asistenciales con relación al paciente, responsabilidad que descansa en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico, existe aún cuando el paciente ha fallecido y la acción la ejercen sus causahabientes “iure proprio”, pues se torna entonces aplicable el art. 1.113 párr. 2º del C.C.”⁵⁴

Más aún la misma Cámara estableció que “la responsabilidad de los Hospitales, Clínicas, Sanatorios etc., por los daños que sufren los pacientes sometidos a

⁵⁴ C. Nac. C.C. Sala II 17/03/95 R. De G.A.B. c/ Universidad de Bs. As. Hospital de Clínicas – San Martín Fallo nº 93.338 L.L.

un inadecuado o insuficiente tratamiento médico, tiene fundamento en la existencia de una estipulación a favor de terceros, por lo cual carece de relevancia que el médico en cuestión revista o no la calidad de dependiente de la entidad⁵⁵ encuadrando así este punto en el art. 504 del C.C.”

⁵⁵ C. Nac. C.C. Sala II 26/04/94 D.R:J.H. c/ P.H.A. – fallo N° 93.403 L.L.

B-SOBRE LA HISTORIA CLÍNICA:

La Historia Clínica constituye la información realizada por escrito de todo el proceso médico del paciente, donde se incluyen las pruebas realizadas al mismo⁵⁶.

Ha sido un elemento de gran utilidad para la demostración de la relación contractual (médico-paciente), como asimismo para analizar la posible culpabilidad en el obrar.

Su omisión, en el vuelco de la tarea diaria del facultativo, que pueda impedir a la víctima tener un elemento de juicio para demostrar la culpa o el actuar impoluto, sólo perjudica a quien tenía la obligación de hacerlo. De esa manera ha sido considerado por nuestra jurisprudencia⁵⁷. Es importante esta documentación pues, constata desde el ingreso al Hospital o a la Clínica, hasta su alta, cuál ha sido el diagnóstico y el proceso evolutivo del paciente.

Así un pronunciamiento judicial sostiene con exactitud “La Historia Clínica, es un elemento relevante cuando se

⁵⁶ **Fernández Costales J. “El contrato de servicios médicos” p. 196 ed. / Civitas, Madrid 1.988.**

⁵⁷ **C. Nac. Civ. Sala E – E.D. 126 – p. 448.**

trata de determinar la existencia de responsabilidad médica, más aún cuando es considerada como muy importante por el perito médico, destacando que su ausencia dificulta la labor pericial. La omisión de acompañar el instrumento, más otros elementos de juicio, le impiden al recurrente rebatir el fundamento del ...”⁵⁸

Las Historias Clínicas deben tener un contenido de completitud no omitiéndose datos necesarios o no prescindibles⁵⁹, a lo cual se suma que si resulta ineficiente por no reflejar circunstancias que permitan reconstruir con exactitud el cuadro clínico conlleva a una falencia que, adicionada a otros elementos, pueden obligar a presumir un obrar negligente.

En conclusión al capítulo “Las omisiones en las anotaciones asentadas en una Historia Clínica, deben ser valoradas en juicio como antecedentes contrarios a la posición del médico actuante en el acto quirúrgico, ello considerando que la exacta y veraz aportación de los datos demostraría acabadamente la existencia del cuadro que obligará a la realización de la intervención... Los profesionales de la medicina poseen el derecho de ampararse en una Historia Clínica veraz y completa.

⁵⁸ C.N. fed. C. y C. sala II E.D. 155 – 44.

⁵⁹ C.N. C. Sala I E.D. 126 - 448

Asimismo deben soportar las consecuencias adversas que pueden extraerse en caso de resultar la misma deficiente, por cuanto las omisiones detectadas pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado⁶⁰.

⁶⁰ Yungano – Lopez Bolado – Poggi – Bruno “Resp. Prof. De los médicos” Universidad 1.992 – p. 164.

C-OBRAS SOCIALES Y MUTUALES:

Resulta adecuado analizar (aunque sucintamente) la responsabilidad de las Obras Sociales desde un título aparte en razón del interés que reviste esta parte de la materia que analizamos.

Es dable afirmar que la figura de la estipulación a favor de terceros del art. 504 del C.C., es útil para perfilar las relaciones jurídicas entre el Sanatorio, el médico y las Obras Sociales, en relación al contrato base de cobertura en beneficio del paciente afiliado⁶¹.

Asimismo también se ha decidido que “la obligación de la Obra Social en relación a la prestación de los servicios médicos, es de medios, y no de resultados, y se agota cuando brinda al afiliado los medios adecuados para solucionar su dolencia, lo que no significa su irresponsabilidad por haber prestado su servicio mediante un tercero”⁶².

⁶¹ Bueres J. Alberto “Resp.Civ. de las Clínicas y Est. Médicos” Depalma 1.981 p. 71.

⁶² C. Nac. Civ. Sala G 27/12/85 Figuroa C. c/ Clínica L.Andes S.A. E.D. 117- 486

En cuanto a la naturaleza jurídica de la relación existente entre el afiliado y la Obra Social, las opiniones han sido divididas; algunos postulan un vínculo contractual⁶³ mientras otros sostienen un sistema de imposición legal⁶⁴.

Un importante y recordado precedente de la Corte Federal, sentó tres pautas:

1) La actividad de las Obras Sociales deben actuar en proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. nuevo 14 de la C.N., confiere un carácter integral;

2) La función específica de la Obra Social consiste en brindar una prestación medica integral y óptima;

3) El adecuado funcionamiento de una Obra Social no se cumple tan solo con la yuxtaposición de los agentes que la integran y los medios empleados, o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen

⁶³ Bueres, Trigo Represas, Stiglitz y otros.

⁶⁴ Sostienen una relación de seguridad social impuesta legalmente a tenor de las leyes 23.660 y 23.661; Mosset Iturraspe, Lorenzetti y otros.

activamente en cada momento y con relación a cada paciente⁶⁵.

Las Obras Sociales pueden brindar las prestaciones médicas y paramédicas mediante sistemas de actuación directa a través de servicios propios, con personal autónomo o en relación de dependencia, por medio de instrumental y edificios suyos, o por terceros vinculados a través de convenios de locación de obras.

A su vez, ésta última variante admite diversas modalidades, a) contratación por “contratos cerrados” con una clínica de la atención exclusiva de un grupo de beneficiarios, con pago mensual fijo por cada uno de ellos, b) contratación con federaciones médicas y asociaciones de Sanatorios, con libre elección entre ellos por sus beneficiarios con pago por prestación (acto médico), según los nomencladores normales vigentes (sistema abierto)⁶⁶.

⁶⁵ Jorge Mario Galdos “Respons. De las O. Sociales por mala praxis médica” diario La Ley de fecha 24 de Octubre de 1.996.

⁶⁶ Aunque con una clasificación de una antigüedad de 20 años, la realizada por Antonio A. Vázquez Vialard, continúa plena en su vigencia, pudiendo esquematizarse del siguiente modo: 1) Atención médica por prestadores en relación de dependencia. En esta modalidad, entre el médico y la obra social existe una relación contractual de dependencia laboral, por la que el

En líneas generales pueden afirmarse algunas pautas directrices en relación directa a la responsabilidad de las Obras Sociales⁶⁷.

afiliado está obligado a recibir la asistencia que le impone la prestataria del servicio, en las condiciones de lugar y horario que fije, sin posibilidades de elección del facultativo por el paciente 2) Pago por prestación médica. El afiliado puede elegir el médico o el lugar de internación, ejerciendo el profesional su profesión en forma liberal a cambio del pago de una retribución fija, por cada acto medical, que es generalmente afrontado en parte por la obra social y el resto por el afiliado por medio de un bono o “tiket moderador”; 3) Por capitación, que deriva de “per cápita” o por cabeza. El agente de seguro contrata al prestador (médico, clínico, odontólogo, laboratorio, etc.) el que se obliga a la atención de un número determinado de afiliados y su grupo familiar, a cambio de una suma fija mensual y con prescindencia de los servicios efectivamente prestados. El médico actúa en forma autónoma vinculado con la obra social por la figura de la locación de obra; 4) Por formas mixtas, o por combinación de los sistemas anteriores; 5) Por reintegro. En este caso la obra social actúa como caja compensadora o agente de retención que se limita a restituir al afiliado lo pagado por un acto médico contratado por él; por ende no asume otra obligación jurídica ya que es un tercero extraño a esa relación; el reintegro opera sólo si la prestación está autorizada reglamentariamente, salvo supuestos de excepción incumplida y que el afiliado, por razones de urgencia, debió procurarse por terceros.

⁶⁷ Jorge Mario Galdos op. Cit.

Así, la responsabilidad de la obra social, no excluye la de la autoridad de aplicación que tiene a su cargo la dirección y control del sistema cuando existen deficiencias en la prestación del servicio⁶⁸, como asimismo los sindicatos y las obras sociales⁶⁹ responden por las prestaciones que brindan los sanatorios de su propiedad.

Ha resuelto la Jurisprudencia que “la Obra Social asume la responsabilidad directa de brindar un servicio asistencial que a su vez confiere la necesaria cobertura médica al paciente. Esa obligación de prestar cobertura médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general, que requiere la preservación de la salud de las personas contra los daños que puedan originarse en la defectuosa prestación obligacional”⁷⁰.

⁶⁸ **Rizzoni Jorge E. – Vázquez Vialard Antonio “El nuevo régimen de obras sociales” L.L. 1.989 E p. 1.072 C.Nac.C. Sala F. 05/12/78 Ramponi M. C/Semiba S.A. y otros E.D. 95 – 569. y otros fallos.**

⁶⁹ **C. 1° C.C. San Nicolás 16/03/95 Bernal y otro c/ P.N.S. de Luján D.J.J. t. 149 p. 119.**

⁷⁰ **C. Nac. C. C. Sala III 08/03/95 Sepúlveda y otros c/ O.S. A Variedades L.L. 1.995 D p. 583 y otros**

Esto es, cualquiera sea la modalidad prestacional de la obra social –salvo cuando el sistema es por reintegros–, asume una tácita obligación de seguridad derivada del art. 1.198 primer párrafo del C.C., por la deficiente prestación del servicio de salud a su cargo⁷¹.

Esta obligación tácita de seguridad se potencia cuando el afiliado, como ocurre en la mayoría de las obras sociales, carece de un derecho de libre elección porque pertenece a un sistema “cerrado”, debiendo, a lo sumo, elegir entre los profesionales o los establecimientos de salud previamente seleccionados o elegidos por la misma. Cabe concluir que ésta tenía a su cargo la selección y vigilancia de las clínicas prestadoras del servicio médico⁷².

En general la doctrina excluye la responsabilidad de la obra social cuando se trata de “listas abiertas” ya que cumplida con la provisión del servicio, ante la libre elección del afiliado, no responde por la defectuosa

⁷¹ Bueres Alberto “Resp. Civ. de los médicos” t. I p. 464 a 482 (2º edición).

⁷² C. Nac.Fed. Sala 3 09/03/94 Moreno c/ O.S. P.E. de Servicios, Garajes y plazas J.A. 1.994 II p. 589.

prestación del establecimiento o de los médicos o profesionales⁷³.

Respecto de los médicos dependientes, debe responder la obra social (como principal) por los daños que puedan provocar a los afiliados; esto es así aún cuando no hay una subordinación en el aspecto técnico científico del desempeño médico. En estos casos, al pertenecer el médico a la obra social – aunque preste servicios en una clínica por ella contratada- se juzgó que por su accionar respondía sólo la obra social y no la clínica⁷⁴.

Así, “la prestación compromete a la obra social por los hechos ilícitos dolosos o culposos, cometidos por el personal médico del sanatorio contratado por ella”⁷⁵.

Otras veces el fundamento reside también en el deber de selección que incumbe a las obras sociales respecto de los profesionales que contrata, aún cuando no haya

⁷³ **Bueres Alberto J. Op. Cit. P. 476**

⁷⁴ **C. Nac. C. Sala G 27/12/85 Figueredo y otros c/ Clínica Los Andes S.A. J.A. 1987 I p. 277.**

⁷⁵ **C. Nac. Com Sala C 20/08/93 Nisembaum y otros c/ Clínica Los Andes S.A. J.A. 1.987 I p. 277.**

dependencia jurídica de los médicos respecto de aquella⁷⁶.

En definitiva, la responsabilidad de la obra social se debe juzgar con criterio estricto atento que de por medio esta la salud de las personas,⁷⁷ es considerado que el parámetro de apreciación se halla en el art. 520 del C.C., es decir atendiendo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar⁷⁸.

⁷⁶ Bueres Alberto J. Op. Cit. P.462.

⁷⁷ C. Nac. Civ. Sala G 27/12/85 “Figueredo Carlos c/ S.Los Andes S.A. / E.D. 82 – 488.

⁷⁸ Fernando Alfredo Sagarna “Resp. Civ. de las O. Sociales, deñ instituto asistencial y del médico ante un parto” Diario La Ley del 02 de Octubre de 1.996.

D- EL ERROR DE DIAGNÓSTICO:

Cabe a este aspecto la concluyente afirmación de que el error de diagnóstico por sí solo, no basta para generar responsabilidad, si no existe culpa o negligencia grave del galeno.⁷⁹

Parecerá curioso tal vez al lector, que el error de diagnóstico no merezca igual consideración el error de tratamientos, cirugías etc.

Básicamente ocurre que el médico no debe identificar tal o cual enfermedad en el paciente, sino que deberá descubrir la enfermedad que tiene el paciente, “con su peculiar forma de reaccionar y presentarla”, que no es lo mismo. Los viejos clínicos acostumbraban a presentar el diagnóstico diferencial, es decir una Historia Clínica que era una clase sobre la “enfermedad del enfermo”, el por qué sí y el por qué no de la enfermedad diagnosticada. Se respondía así al aforismo de que “no hay enfermedad sino enfermos”⁸⁰.

⁷⁹ Albanese Susana “Error de diagnóstico y su interpretación Judicial” L.L. 1.992 – E p. 331.

⁸⁰ Achával Alfredo “Responsabilidad Civil del médico” A.P. 1.992 p. 83.

Es decir, en este aspecto es de suma vigencia el art. 512 del C.C. de lo que surge que el diagnóstico deba ser el resultado de un juicio elaborado de la información que de el paciente de síntomas, signos y pruebas apropiadas y necesarias al caso estudiado.

Mosset Iturraspe y Lorenzetti, han considerado como buen concepto auxiliar para establecer la existencia del error que “es de la existencia de una duda razonable... no hay error cuando hay un deficiente conocimiento de la enfermedad teniendo posibilidad de obtenerlo, o un imperfecto conocimiento de esos medios científicos”.⁸¹

Frente a los complejos síntomas que presenta el paciente, se ha dado en llamar con el término de “error excusable” en el diagnóstico cuando efectivamente tiene cabida la “duda razonable”. Así “La falta en el diagnóstico, campo en el cual el error excusable no genera la culpa del profesional, solo hace nacer la responsabilidad del médico si la falta que lo originó es grave, evidente o grosera”.⁸²

⁸¹ Mosset Iturraspe-Lorenzetti “Contratos médicos” La Rocca 1.991 p. 138.

⁸² Fallo N° 94.753 – C.Nac. C. Santa Fe Sala E Mayo 31 de 1.996. Diario La Ley del 01 de Octubre de 1.996.

E- COMPORTAMIENTO DILIGENTE. QUID DEL
ASUNTO. EL ART. 902 DEL C.C.

1. Quid del asunto:

Los jueces deben merituar en cada caso la conducta seguida por el profesional y hacerlo responsable de sus errores apreciando su conducta sin excesivo rigor, pero también sin excesiva lenidad.⁸³

Las circunstancias de cada caso, suelen tener una importancia relevante. No es equiparable la conducta del médico común con el del eminente especialista; ni puede considerarse con igual criterio el resultado dañoso de la operación practicada con urgencia en un medio rural y en condiciones precarias, con el producido a raíz de una intervención llevada a cabo en un instituto urbano, dotado de todos los elementos que es de requerir; ni es igual el juzgamiento del cometido médico en una operación de urgencia, cuando está en juego un trastorno de salud que en nada hace temer por la vida del paciente⁸⁴.

⁸³ C. 5° C.C. Córdoba 30/05/94 L.I. C 1.985 p. 50

⁸⁴ Bueres “Responsabilidad civil de los médicos” p. 212 1° ed.

Pero también es verdad que, so color de que la medicina no es una ciencia exacta, no puede pretenderse la impunidad ante cualquier negligencia o ignorancia de la ciencia médica.

2. El artículo 902 del Código Civil:

Considerando con buen criterio, la buena doctrina ha sido sentada por la Sala I de la Cámara C. de la Capital: debe juzgarse la culpa médica con el mismo criterio de la culpa común, lo que no significa sentar un criterio benévolo puesto que siempre hay que tener presente el art. 902 del C.C., citado⁸⁵ siendo que en sentido coincidente se ha apreciado que para decidir sobre la culpa médica, es prudente recurrir al arquetipo del buen profesional⁸⁶ o lo que es dable exigir a un médico razonable y prudente en iguales condiciones⁸⁷.

Como bien lo dijera Mosset Iturraspe, en las jornadas de Responsabilidad Civil, llevadas a cabo en la Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de derecho y Ciencias Sociales (Curso Profundizado en Responsabilidad Civil; Setiembre de 1.994 a Octubre de 1.995, en la Provincia

⁸⁵ C. Civ. Cap. Sala I 25/10/90 L.L. 141 – 286.

⁸⁶ C.Fed. Sala III 05/11/81 J.A. 1.983 I p. 118.

⁸⁷ C. Apel. S. Isidro, Sala II 30/09/80 E.D. 91- 567

de San Miguel de Tucumán), el art. 902 del C.C. se constituye en determinante a la hora de las valoraciones, así el profesional deberá obrar con el máximo de prudencia y pleno conocimiento de su materia, máxime cuando está de por medio una vida humana “para valorarse los verdaderos alcances del compromiso que asume el médico frente a su paciente, debe estudiarse su actuación según las reglas del buen sentido y la prudencia, siendo lícito exigir al facultativo un comportamiento similar al que hubiere adoptado un médico capacitado y prudente en iguales condiciones externas a las que...”⁸⁸, además “la conducta debida por el profesional galeno, deberá ser prudente y diligente a la luz de los arts. 512, 902 y 909 del C.C.”⁸⁹

Concluyendo, ya sea que se encuadre la responsabilidad en el ámbito contractual o extracontractual, la culpa médica carece de autonomía y gira en la órbita de los arts. 512 y 902 del C.C., existiendo la obligación del médico en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere, resultando exigibles al médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo

⁸⁸ C. Apel. C. y C. San Isidro Sala II 30/09/80 E.D. 91- 567.

⁸⁹ C.Nac. C. sala D, Marzo 21 – 944 H.J.M. c/ M.L. y otro; fallo 92.916 / L.L.

profesional en la atención del enfermo, pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales; además el error de diagnóstico, por sí solo, no basta para generar responsabilidad por sí (conforme ya se dijera en pto. D de éste trabajo al que hacemos remisión), cuando no existe culpa o negligencia del galeno⁹⁰.

Ya se dijo que la culpa médica no es distinta de la noción de culpa en general y se regula por los mismos principios de los arts. 512, 902 y 909 del C.C.. Por ello las particulares circunstancias en que se originan los daños a terceros determinan un régimen especial de responsabilidad en algunos casos, por la necesidad de apreciar con mayor o menor severidad la culpa de los agentes y aún establecer la imputabilidad en función de las condiciones más diversas que regulan predominantemente ciertas actividades⁹¹.

Si la culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiese la naturaleza de la obligación y que correspondiera a las circunstancias de las personas, del

⁹⁰ C.Nac. fed. C.C. Sala II 20/05/92 Rodenas F.R. y otro c/ Estado Nac. Y otro; fallo 90.911 L.L. 1.992 E pag. 332.

⁹¹ Jorge Bustamante Alsina “Prueba de la culpa médica” L.L. 1.991 D pag. / 579.

tiempo y del lugar, parece obvio que el tipo de comparación será el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto.

Bibliografía:

- Achával Alfredo “Responsabilidad Civil del médico” A.P. 1.992.
- Albanese Susana “Error de diagnóstico y su interpretación Judicial” L.L. 1.992 – E p. 331.
- Bueres, Alberto J. “Resp. C. de los Médicos” , Hammurabi, B.A., 1994.
- Bueres, Alberto J “Resp.Civ. de las Clínicas y Est. Médicos” Ábaco, Buenos Aires 1.981.
- Bueres, Alberto J., “Responsabilidad objetiva contractual”. JA, 5/4/89.
- Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, B.A., 1993.
- Fernández Costales J. “El contrato de servicios médicos” p. 196 ed. / Civitas, Madrid 1.988.
- Gallos, Jorge Mario en “Responsabilidad profesional y culpa médica” L.L agosto de 1.995.
- Ghersi, Carlos A., “Responsabilidad por prestación médico asistencial”, Hammurabi, B.A., 1987.
- González Morán, Luis, “La responsabilidad civil del médico”, Bosch, Barcelona, 1990.
- Jorge Bustamante Alsina “Cuestiones de resp. Médica subsecuentes a un acto quirúrgico delicado” L.L. 1.993 C p. 12.

- Jorge Mario Galdos “Respons. De las O. Sociales por mala praxis médica” diario La Ley de fecha 24 de Octubre de 1.996.
- Kemelmajer / de Carlucci Aída “Ultimas tendencia jur. en mat. de res. med.” J.A. 1.992 III P. 80.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, “Responsabilidad civil de los médicos”, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1997.
- Macoe, “Sociología de la medicina”, Alianza, Madrid, 1984
- Mayo, Jorge A, “Sobre las denominadas obligaciones de seguridad”, L.L. 1984-B-949.
- Mazeaud, Henry y León y Tunc, André “Tratado teórico-práctico de la respon. civil delictual y cuasidelictual”, Ejea, B.A. 1977.
- Mosset Iturraspe, “Responsabilidad civil del médico”, Astrea, B.A., 1979.
- Mosset Iturraspe-Lorenzetti “Contratos médicos” La Rocca
- Orgaz, “La culpa”, Lerner. Córdoba, 1970.
- Panasco, Wanderby Lacerda, A, “Responsabilidade Civil, Penal e Etica dos Médicos”, 2º ed., Forense.
- Para Citrana, “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en Estudios de derecho público y privado en homenaje al profesor don Ignacio Serrano y Serrano, Valladolid, 1965.
- Peyrano Jorge N. Y Chiappini Julio A. “Estrategia procesal civil” Rubinzal y Culzoni. S. Fé
- Peyrano, Jorge W. “El derecho probatorio posible y su realización judicial”, en Tácticas en el proceso civil,

en coautoría con Julio O. Chiappini, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.

- Peyrano, Jorge W., “Aspectos procesales de la responsabilidad profesional” en “Las responsabilidades profesionales”. Libro en homenaje al profesor Luis O. Andorno. Ed. Platense, La Plata, 1992.
- Renna, Carlos Damián “Mala praxis” Sudamérica 1.991.
- Ripert y Bulanger, “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”. La Ley. B.A. 1965., t. V.
- Sagarna Fernando Alfredo “Resp. Civ. de las O. Sociales, deñ instituto asistencial y del médico ante un parto” Diario La Ley del 02 de Octubre de 1.996.
- Salas, Acdeel, “Responsabilidad por los daños causados por las cosas”, Abeledo, Bs.As. 1945.
- Tobías, José, “El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas”, LL, 1983-B, Cap.V, pag.1151.
- Trigo Represas, Félix A., “Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión”, LL, 1981-B-762 y ss.
- Trigo Represas, “Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión”, LL, 1981-B, N° 126, cap. II, ap. D, ps. 782 a 784.
- Vázquez Ferreyra, Roberto, “Prueba de la culpa Médica”, Hammurabi, B.A., 1992.

- Vázquez Ferreyra, Roberto, “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”, Hammurabi, B.A., 1992.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Teoría del delito”, Ediar, B.A. 1973.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Ediar, B.A., 1981.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO Y SALUD

A- INTRODUCCIÓN.

1- La organización de la sociedad. 5

B-IMPORTANCIA DE LA PROBLEMÁTICA

1. Estado de la cuestión y sus derivaciones 8

2. Causales generadoras. 8

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES

A- NATURALEZA JURÍDICA.

1. Introducción. 12

--

2. Opiniones en doctrina y jurisprudencia.	13
3. Su figura. Criterios.	16
a. Locación servicios.	16
b. Locación obra.	17
c. Contrato sui generis.	17
d. Contrato multiforme.	17

B – RESPONSABILIDAD MÉDICA E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

1. Evolución de la de la Dogmática Jurídica	19
---	----

CAPÍTULO TERCERO

LA PRUEBA

A – LA CARGA DE LA PRUEBA.

1-Obligaciones de los jueces.	
2-La regla que atiende a la posición de las partes.	22
3-La regla normativa.	23
4-La regla de la experiencia.	24
a. El principio “pro damato”.	25
	25

--		
	b. Principio del económicamente débil.	26
	c. La profesionalidad.	26
	d. La prueba difícil.	26
	e. La prueba “res ipsa loquitur”.	27

B – EVOLUCIÓN Y CRÍTICA

	1-El cambio.	34
	2-La síntesis.	38

CAPÍTULO CUARTO

LA UTILIZACIÓN DE OBJETOS

A – NÚCLEO DE LA PROBLEMÁTICA.

	1. Introducción.	41
	2. Inaplicabilidad del Art. 1113 párr. 2º en la órbita contractual.	49
	3. Posibilidades de aplicación del art.1113 párr. 2º en el campo extracontractual.	60
	4. Aceptación de los riesgos.	62

B – LEGITIMACIÓN.

	1.- Personas responsables.	65
--	----------------------------	----

2.- Pretensión resarcitoria incoada por los derecho habientes.	67
--	----

CAPÍTULO QUINTO

INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

A- RELACIONES ENTRE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.

1- El condicionamiento de la actividad económica.	70
---	----

B- EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

1.El Derecho a una información adecuada y veraz.	74
--	----

2.El Derecho a informar y estar informado.	74
--	----

C- EL DEBER DE INFORMAR.

1- Fundamentación.	76
--------------------	----

2- La información como deber de conducta.	78
---	----

D- RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE
OBTENER EL CONSENTIMIENTO
INFORMADO.

- | | |
|---|----|
| 1.Omisión del consentimiento informado
como lesión autónoma. | 83 |
| 2.Omisión del consentimiento y la
negligencia en el tratamiento. | 84 |

CAPÍTULO SEXTO

BREVES CONSIDERACIONES

- | | |
|--|-----|
| # A- SANATORIOS, DEPENDIENTES Y
AUXILIARES. | 88 |
| # B- SOBRE LA HISTORIA CLÍNICA. | 92 |
| # C- OBRAS SOCIALES Y MUTUALES. | 95 |
| # D- EL ERROR DE DIAGNÓSTICO. | 103 |
| # E- COMPORTAMIENTO DILIGENTE. | |
| 1- Quid del asunto. | 105 |
| 2- El artículo 902 del Código Civil. | 106 |

--

Bibliografía.

110

Jorge O. Buratovich.

--

