

Título: Responsabilidad civil médica

Brief analysis of medical civil liability and current reality

Sumario: Introducción. II. Elección de medios más idóneos y la realidad actual. Carga probatoria. Pruebas dinámicas, ¿igualdad o desigualdad de las partes? El contrato y la realidad actual. III. En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad civil médica. IV. Bibliografía

Por Dante Gómez Haiss (*)

1.- INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varias décadas, destacados juristas argentinos se han ocupado por dilucidar la cuestión de la responsabilidad civil del médico. Así, se ha hablado de las obligaciones de medios y de resultados encasillando al actuar médico, en su generalidad, en el primero de esos deberes, es decir «una obligación de medios» y de naturaleza jurídica contractual.

Dice Mossett Iturraspe lo siguiente: «No debemos olvidar que la atención médica debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas del arte y la ciencia médica, de conformidad con los conocimientos que el estado actual de la medicina suministra, con la finalidad de obtener la curación del paciente, observando el mayor cuidado y diligencia y previsión, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento» (1).

El obrar con «cuidado y previsión» implica indiscutiblemente que el facultativo médico debe actuar en el marco de la observancia plena de la regulación de las leyes que reglamentan el actuar profesional médico, que hacen al ejercicio ético y responsable; independientemente de que en su proceder, el galeno, por lo general preste sus servicios profesionales no comprometiéndose a la obtención del resultado salud, sino tan solo emplear los medios que fueren más idóneos o adecuados para lograr esa finalidad.

Algunos doctrinarios, célebres juristas, como Borda, han sostenido a su tiempo, que la responsabilidad civil del galeno era de tipo «extracontractual», basándose en las disposiciones que contenía el art.1109 del antiguo Código Civil de Vélez; entendían que al margen de su posible vinculación contractual con el cliente (pacientes), siempre existiría para los facultativos un deber legal «sui generis» de comportarse con ajustes a las reglas del arte o profesión que les está impuesto por el mero hecho del ejercicio de la medicina (2).

Entonces, debemos convenir que el escenario principal donde se asienta la relación médico-paciente comienza justamente en aquel acuerdo de voluntades, a través del cual, el primero se obliga a prestar su actuar profesional de cuidado y atención (tratamiento) empleando los medios más actuales y eficaces;

en tanto que el segundo (paciente), brinda en confianza y buena fe, uno de sus bienes más preciados en la vida, «su propio cuerpo», el que circunstancialmente se encuentra «enfermo», a merced y cuidado del galeno y además paga una suma de dinero para ello; sea en efectivo en forma directa o bien, a través del previo abono de una cuota de obra social correspondiente. Sin perjuicio de la existencia de ciertas intervenciones quirúrgicas gratuitas o parcialmente gratuitas, que puedan llegar a brindarse en algunos nosocomios, Hospitales o Salas de Emergencias o Primeros Auxilios, pues ello no sería óbice para que se conciba dicha relación obligacional. Todo ello, nos indica que efectivamente, nos encontramos ante una relación jurídica de tipo «contractual» (3).

Como sostuvieron brillantes doctrinarios como Acuña Anzorena, o Alterini, entre otros, la responsabilidad civil del médico habrá de ser «contractual», en razón de mediar «un previo contrato de prestación de servicios médicos asistenciales entre el facultativo y el paciente» (4).

En la actualidad, en pleno siglo XXI, la mayoría de nuestros juristas destacados sostienen que la responsabilidad civil del médico es de tipo «contractual». Pues, en verdad, resulta difícil pensar en qué casos podríamos hablar de responsabilidad «extracontractual» en la prestación de servicios médicos; claramente, en primer lugar, deberíamos desterrar cualquier existencia de convención entre el facultativo y el paciente; o de un previo acuerdo de voluntades. Pero por más remota que sean las posibilidades de existencia de una relación de tipo extracontractual entre paciente y médico; las hay y se daría en el caso, (por ejemplo), de alguna catástrofe o accidente vial o de tránsito, en el que podría intervenir un galeno; otro supuesto se daría, en el caso de fallecimiento de la persona enferma y el posterior reclamo indemnizatorio de sus herederos (5), quizás esta sea la forma más generalizada en la que pueda surgir la responsabilidad civil extracontractual del profesional de la medicina; pues los parientes de la persona fallecida no han suscripto ningún contrato con el médico o establecimiento asistencial; no hay entre los sujetos involucrados ninguna vinculación o relación jurídica contractual.

No obstante, existen determinadas actuaciones médicas que, por sus peculiares especialidades, se enrolan, sin embargo, como de tipo contractual, pero cuya relación obligacional requieren un «resultado concreto», esto es, previamente convenido entre paciente y médico; y donde este último se compromete a lograr ese resultado, emergiendo por lo tanto una obligación de resultado; ello, por el tipo de intervención o práctica de que se trate o de las características propias de esa intervención, esto es, determinadas y precisas intervenciones quirúrgicas, o prácticas médicas que por sus propias peculiaridades no constituyen «obligaciones de medios», sino más bien «de resultados», nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; Ley 26.694/14; ha receptado esta cuestión, (Capítulo 3; del Libro Tercero: arts. 773 a 778; el art. 773 «Obligaciones de hacer»), nos da un concepto bastante claro para lo que aquí interesa, disponiendo que la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la

prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes; en el mismo sentido estas disposiciones pueden ser concatenadas con los siguientes artículos: 1019; 1020 y 1717, de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

Se podrían mencionar como obligaciones «de resultado»; algunas intervenciones o prácticas médicas o terapéuticas, como ejemplo: cirugía plástica de embellecimiento o estéticas (no curativas); trasfusión de sangre, entre otras; donde puede sostenerse, «prima facie» la existencia de la consecución de un resultado específico, querido, buscado y previamente convenido entre paciente y el profesional de la medicina. En otras palabras, se acuerda entre los sujetos principales la consecución de una determinada y específica finalidad; por un lado, la obligación de hacer (contrato de locación de servicios) y por el otro, la contraprestación dineraria.

De esta manera, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCivCom), instaure expresamente tanto la naturaleza de obligaciones «de medios», como así también «de resultado», lo que se traduce en una consagración de la «responsabilidad objetiva de origen contractual» (art. 774, incs. b y c, y arts. 1252, 1253 y 1723 del CCivCom), la que se «amplía» a la de origen extracontractual (tal como lo disponen los arts. 1721, 1722 y 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En síntesis, el asiento general respecto de la responsabilidad médica, resulta ser «el factor de atribución subjetivo», esto es (culpa o dolo) en tanto que «la atribución objetiva» impera solo en los supuestos en que el profesional asuma un resultado determinado y específico, previamente convenido con el paciente, casos en que el facultativo carga con una específica y determinada obligación «de hacer», tal como lo disponen los siguientes artículos: art. 774, inc. b y c, y el art. 1768 del nuevo Código Civil Comercial de la Nación.

No obstante, de tratarse entonces, aquella relación médico-paciente, en principio, de un contrato de locación de servicios médicos o asistenciales, regulado por nuestra legislación interna; así como también por la legislación internacional; sin precaver que estamos frente a un contrato con características especiales o distintivas que lo recubren y exaltan, pues podríamos catalogarlo como un contrato «especial» respecto del resto de los contratos, en cuanto a que la prestación de una de las partes recaen -ni más ni menos- sobre un objeto tan preciado como el cuerpo humano, sede del alma; del espíritu y por supuesto de la personalidad; es por ello por lo que también podríamos catalogarlo como un contrato «excepcional» con características propias de adhesión; cuestión sobre la que me referiré más adelante.

2.- ELECCIÓN DE MEDIOS MÁS IDÓNEOS Y LA REALIDAD ACTUAL. CARGA PROBATORIA. PRUEBAS DINÁMICAS, ¿IGUALDAD O DESIGUALDAD DE LAS PARTES? EL CONTRATO Y LA REALIDAD ACTUAL:

2.1.-En lo que respecta a la responsabilidad civil médica, no debemos ser indiferentes a la realidad actual, es por ello por lo que debemos reconocer, que la elección de «los medios más adecuados o prósperos» para lograr el resultado salud, resulta entonces una tarea que bien podríamos calificar de «unilateral» o al menos «discrecional»; pues en los hechos, es el facultativo quien efectúa aquella elección respecto del «sistema de tratamiento más útil o conveniente», «los procedimientos terapéuticos y clínicos más actuales y reconocidos», así como también por supuesto, «el empleo de los elementos técnicos o farmacológicos más novedosos por su efectividad»; todo ello según las particulares circunstancias del paciente y de la enfermedad de que se trate; pues en los hechos jamás se da intervención real al paciente, para la discusión respecto a estas cuestiones; solamente en el mejor de los casos «se le informa» y este, acepta o no, las condiciones prediseñadas o pre-impuestas por la autoridad sanatorial. La realidad demuestra que, en nuestro país, los nosocomios justifican su accionar respecto de los medios o elementos utilizados, así como los métodos emprendidos o los tratamientos dispensados, haciendo una somera alusión a los mismos, al hacerles firmar a los pacientes el «consentimiento informado»; documento que forma parte de la historia clínica; ello claro está, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la Ley 26.529, Cap. 1 Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, art. 2, inc. E (6). A rigor de verdad, en nuestro país, pese a lo que muchos autores opinan, la mayoría de las personas (pacientes) desconocen de qué se trata el consentimiento informado; mucho menos personas de escasos recursos e instrucción. Si hoy mismo hiciéramos una encuesta en los pasillos de cualquier hospital y le preguntáramos a las personas si conocen o saben lo que significa un «consentimiento informado» o para qué sirve y cuál es su importancia, seguramente nos sorprenderíamos con el resultado.

2.2.- Carga probatoria:

Es quizás, en esta cuestión específica, donde estriba la mayor parte de las discusiones; esto es, si efectivamente, sostenemos acorde a nuestro derecho, jurisprudencia y doctrina que el médico no compromete o asegura el resultado salud, sino que se obliga a la elección de los medios más adecuados para alcanzar esa finalidad; entonces, ante una eventual promoción jurisdiccional; recaerá sobre el actor, en principio, la carga de la prueba; lo que no muchas veces acontece como algo sencillo es que se deberá demostrar en una suerte de dos caras de una misma moneda: por un lado la existencia y eficacia científicamente comprobada de una técnica terapéutica actual más conveniente y efectiva para el tratamiento de la enfermedad y que el médico ha dejado a un lado, ello vinculado a las específicas condiciones clínicas del paciente y su diagnóstico; y por el otro, que de las pruebas arrojadas al expediente; el tratamiento empleado surja como errado, o cuanto menos infructuoso, con el cual, lejos de encaminarse a la consecución de aquella finalidad perseguida (salud); ocasionó daños o ha dejado secuelas parciales o permanentes al paciente; o bien, la «pérdida de la chance de curarse» o de «sobrevivir», por medio de aquellos métodos que pese a ser «eficaces y conocidos», han sido omitidos.

Lo mismo ocurre con la medicación recetada, pues sigue su suerte. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado como rubro indemnizable la pérdida de chance de sobrevida (7).

Estos errores y omisiones en algunos casos pueden incluso derivar en desenlaces graves o fatales, que bien podrían ser evitados recurriendo a las técnicas terapéuticas, quirúrgicas y / o de tratamiento y elementos técnicos más actuales y eficaces, en tiempo oportuno. Dice el Dr. López Mesa lo siguiente: «Desde siempre el deber fundamental de todo médico -es y será- el de actuación diligente, esto es el empleo en el ejercicio de su profesión de una adecuada técnica, de conocimientos idóneos y actualizados, y de pericia suficiente en los gestos quirúrgicos o en los tratamientos terapéuticos» (8).

Recordemos lo que nuestro máximo tribunal ha sostenido en la materia: «Al médico le es exigible el cumplimiento de los principios y técnicas de su disciplina y la aplicación del mayor celo profesional en la atención del enfermo, pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales» (9); por otro lado; se daría el caso de responsabilidad profesional medica al ser disvalorados los deberes especiales que el arte o la ciencia médica les imponen, conforme la Ley 17.132, reglas de la ciencia médica y Código de ética (10).

El máximo Tribunal español (T. S. E); Sala I; en fecha 22/5/1995, ha sostenido en su momento, lo siguiente: «La actividad de sanar ha de prestarse sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone y por lo tanto son censurables y generadoras de responsabilidad civil, todas aquellas conductas en las que se dé omisión, irreflexión, precipitación e incluso rutina, que causen resultados nocivos» (11).

La cuestión de la carga probatoria; obedece así, en principio y sin lugar a dudas a la clásica concepción doctrinaria y jurisprudencial de que «el que alega es quien debe probar»; ello cuando se arguye «culpa» en cualquiera de sus manifestaciones naturales (imprudencia, impericia, negligencia) o bien el «dolo» o la intencionalidad de causar el daño; y generalmente por supuesto, se peticiona una reparación económica ante el acaecimiento del evento dañoso producto del presunto obrar imperito del galeno, o bien, de una grave omisión, pues ello debe ser probado, en tanto responsabilidad directa del actor; es decir, la conducta que se estima reprochable, debe estar suficientemente probada en el expediente, sin perjuicio de las apreciaciones que pudiéramos establecer respecto de las llamadas «pruebas dinámicas», las que trataré de hacer referencia más abajo en forma breve.

Sin embargo, debemos tener en cuenta -a decir verdad- que lo que se intenta a través del proceso civil, no es más ni más ni menos que tratar de develar la realidad histórica; pero de una manera distinta al proceso penal; es por ello que podríamos tacharla de «relativa», en tanto proceso civil. Se trata, en definitiva, de la comprobación de un hecho que ha acontecido y de la manera en que los litigantes aseguran ha sucedido en sus respectivas alegaciones; para ello el juez civil se nutre de los indicios, detalles presunciones; y las probanzas de autos. Es por eso quizás que algunos autores lo llaman «la

verdad procesal», es decir la que surge de las pruebas producidas en el expediente; por ello es relativa y, por ello, también es formal. Es la culminación óptima respecto de la producción de determinadas pruebas que con su resultado, han logrado la convicción íntima del juzgador y casi siempre la resolución jurisdiccional más satisfactoria a los intereses o pretensiones de los sujetos procesales a quienes interesó la producción del ofrecimiento probatorio oportuno; en tanto carga procesal lógica y consecuente con la garantías del debido proceso al que las partes se hallan sometidas en la contienda procesal.

Así entonces cada parte se esforzará en demostrar con la producción de su prueba, su verdad planteada en el litigio, o de otra manera, los acontecimientos facticos en que basó su reclamo o su defensa o su excepción; como la ley adjetiva lo establece.

2.3. Pruebas Dinámicas:

Hemos sostenido con anterioridad, que la cuestión relativa a la prueba en un juicio donde se encuentre comprometida la responsabilidad del médico, generalmente «quien alega es quien debe probar»; pues bien, debemos tener en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial Ley 26.694/14 vigente a partir del 1 de agosto del año 2015; tiene por centro de gravedad a la persona humana, a su integridad; a su dignidad; puesto que esa ha sido la finalidad buscada por quienes fueron sus autores; expresada además, con suma claridad, en el «título preliminar»; cuestión que bien amerita concluir, que estamos ante nuevos paradigmas que emergen a partir de la bien calificada «constitucionalización del derecho privado argentino».

Como sabemos, el art 1735 de nuestro Código de fondo introduce notables y novedosos detalles, como por ejemplo, otorga facultad al juez de la causa, para distribuir la carga de la prueba; tal es su texto, en directa relación y respuesta a una consagración expresa plasmada en la ley por una creación pretoriana. Al que se le suma, la oportunidad procesal en cuanto a su aplicación; cuestión esta que también ha dado que hablar.

Diversos cuestionamientos han existido y razones de orden moral; filosófico y jurídico (en los que no ahondaré, por la brevedad que impone el límite máximo permitido para esta exposición), por parte de nuestros notables juristas, respecto a la aplicación si se quiere «rígida, estática o inamovible» de la aplicación por demás estricta, de la carga de la prueba tradicionalmente concebida; que indudablemente traía aparejada injusticia; pues lógicamente siempre existieron en los hechos, situaciones fácticas de difícil comprobación; así como también situaciones en donde existía desigualdad entre las partes; más aún, en juicios de responsabilidad médica, donde se evidencia la superioridad profesional del galeno; todas estas razones y muchas otras, han hecho girar los enfoques hacia una combinación mucho más acertada y equitativa para el justiciable; dándole la oportunidad al juez para decidir acerca de la distribución de la carga probatoria, lo que contribuye a una mejor administración de justicia y por supuesto coadyuvará a encontrar más seguridad jurídica.

Nuestra doctrina nacional llamó «cargas probatorias dinámicas» al principio «que trató de flexibilizar la rigidez en que habían caído las reglas sobre la carga de la prueba, y la consecuente dificultad que la aplicación de las mismas tenía en ciertos casos; sostiene que, más allá del carácter de "actor o demandado", en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad» (12). Jorge Peyrano, haciendo referencia a esta doctrina, se refería también a las «pruebas diabólicas o de difícil o imposible producción» (13).

Alberto Bueres argumenta así: «El tema de las responsabilidades profesionales es un área en donde se aplican las cargas probatorias dinámicas (art. 1768). Acá el profesional, especialmente en la medicina, no puede permanecer "estático", limitándose a esperar que el damnificado pruebe su culpa, sino que debe demostrar su diligencia y prudencia en atención de aquel. Con mayor razón si su responsabilidad es objetiva por vicio de la cosa o por la promesa de un resultado, pues allí deberá evidenciar una causalidad ajena (véanse arts. 1722, 1723, 1757, 1758, etcétera)» (14).

2.4. ¿Igualdad o desigualdad entre las partes?

A poco que pensamos en un proceso judicial por mala praxis médica, o en cualquier otro donde se encuentra comprometida la responsabilidad del galeno, rápidamente nace la pregunta en cuanto a la existencia de la real «igualdad entre las partes» que llegan a litigio. Veamos: por un lado, tenemos a un paciente o familiar afectado que, a través de su letrado formula el reclamo promoviendo la acción judicial pertinente y su pretensión resarcitoria; y por el otro, una institución de salud, un profesional de la medicina o equipo médico completo, el que además posee la prueba fundamental (la «historia clínica»); y también casi siempre la intervención de una compañía aseguradora que hará todo por no pagar o pagar lo menos posible (citado en garantía); todos, además, actuando en forma conjunta «como un verdadero equipo»; realizando, por supuesto, las más variadas de las prácticas forenses o procesales que puedan acometer para entorpecer, dilatar o retardar, una posible resolución jurisdiccional en su contra; ello pues, nuestro proceso civil escriturario (dislocado de la realidad actual y de la imperiosa necesidad de justicia) así lo permite; sin perjuicio de salvaguardar los principios rectores que enmarcan la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

Podríamos sostener, que existe quizás, una «igualdad formal» o quizás «relativa» en la materialidad del proceso.

En las últimas décadas, a pesar de las más variadas divulgaciones de ciertos conceptos médicos a través de las redes sociales y demás medios de comunicación; y la elevación -si se me permite- de la cultura

media de la población argentina, que permitió el fácil acceso a la información, lo cierto es que la sociedad aún permanece lejos de las complejidades de la ciencia médica actual, impulsada en las últimas décadas, sobre la base de los notorios avances científicos, tecnológicos, terapéuticos y clínicos. Quizás, cuestión inversa es lo que sucede con las ciencias jurídicas y sociales que se propagan al menos con mayor facilidad y entendimiento sobre la población y cuyas leyes sobre todo de fondo, permanecen intactas durante años. Esto, sin dudas, repercute o explica aquella «desigualdad» de la que hablamos; aflora así la medicina, casi como una ciencia bastante inescrutable.

Nótese que los magistrados desconocen -generalmente- el mundo de la ciencia médica, es que no están obligados a conocerlo; y bien, para ello funda sus resoluciones jurisdiccionales basándose en los dictámenes de equipos forenses; de consultores técnicos, o de peritos médicos. Es que la ciencia médica se muestra como un terreno desconocido para todas las partes en el proceso, excepto claro está para el médico demandado o para la institución sanatorial de que se trate.

Pero aun así -debemos reconocerlo-, los abogados osamos adentrarnos al universo de la ciencia médica, acometer un campo que no conocemos, usar un léxico científico que ignoramos; y no faltan algunos que pretenden ajustar a los avatares legales, jurídicos y procesales al voto médico; claramente en nuestra legislación, pese a los nuevos enroques y paradigmas, aún nos falta preparación, doctrina y enriquecimiento legislativo para afrontar las implicancias procesales y legales en los problemas jurídicos en los que la medicina emerja comprometida.

2.5. El contrato y la realidad actual. Características propias del contrato de adhesión

Independientemente de concebir a la obligación médica como una obligación de medios y de naturaleza jurídica contractual, encuadrándolo como de locación de servicios, debemos también detenernos aquí, para reflexionar acerca de ese «contrato», y formularnos la siguiente pregunta; basada en uno de los elementos más trascendentales para su existencia y validez, el que además, debe integrar todo tipo de contratos, que es «el consentimiento»; si tanto el paciente, como familiares, realmente prestan libre, total y acabado «consentimiento», o si el mismo puede de alguna manera, presentar vicios que lo nulifiquen o aún más, que se discuta su propia existencia. Establece el art. 59 del Código Civil y Comercial (CCivCom) lo siguiente:

Art. 59: «El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a. su estado de salud; b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c. los beneficios esperados del procedimiento; d. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g. en caso de padecer una enfermedad

irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h. el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente». (Concordancias con la normativa anterior: Leyes 26.529 y 26.742).

Podríamos también preguntarnos, si realmente en nuestro país, en los hechos, el paciente discute o conviene con el profesional de la medicina, las cláusulas del consentimiento informado; es decir del propio contrato, básicamente el tipo de tratamiento por emplearse y / o las intervenciones quirúrgicas o prácticas médicas o si por el contrario, podríamos afirmar, que ello en realidad no acontece, erigiéndose por tanto, aquel acto como un verdadero «contrato de adhesión».

Al desandar los caminos para hallar respuestas a nuestras inquietudes; podemos observar incluso, que la expresión «consentimiento informado» no se encontraría bien formulada; o bien, padece de insuficiente claridad legislativa y, tal vez, los erróneos efectos que de él se pudieren desencadenar; pues una cosa es el consentimiento y otra la información que se debe brindar ineludiblemente, conlleva así desde su propia nominación, dicho documento, un ensamblaje de las dos premisas (consentimiento-información) exigencias que la ley impone, pero que implica ambigüedad y complejidad. Como sustenta el Dr. López Mesa, en un artículo publicado por la revista «El Derecho» (UCA), el 11 de febrero de 2016; que lleva por título: «Los médicos y el consentimiento informado, necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC», dice lo siguiente: «Para analizar el concepto, partimos de la premisa sobrentendida de que la expresión "consentimiento informado" no es precisamente la mejor que puede utilizarse para referirse a la autorización del paciente a que se le practique un tratamiento médico sugerido por el galeno. Para dicho acto del paciente, existen nombres más técnicos y adecuados, como podrían ser "asentimiento del paciente" o incluso "autorización del tratamiento" o "consentimiento esclarecido" que utiliza la Corte de Casación francesa» (15).

El acto de prestar el consentimiento puede incluso «prescindirse» para determinada práctica médica, dada las excepcionales circunstancias en las que puede hallarse el enfermo (riesgo de vida, etcétera); e incluso como vimos, esa exteriorización de la voluntad resulta tan dinámica y frágil que puede llegar a ser no solo innecesaria, sino también «suplida», en situaciones determinadas, por sus familiares, allegados, representantes legales, etcétera; en tanto que «la información» debe darse en forma inexorable; constituyendo un elemento fundamental que de ningún modo debe omitirse, a tal punto, que la información se erige como elemento sustancial para la validez o no del consentimiento prestado por el paciente, pues esa información debe ser completa, veraz, suficiente, explicada además en forma sencilla para la fácil comprensión, pues si ello así no acontece, estaremos seguramente, ante un consentimiento viciado.

Las normativas existentes pareciera que no alcanzan a cubrir la realidad actual respecto de estos actos; en especial, el llamado «consentimiento informado», no se lo rodea de una total y acabada seguridad o garantía para el paciente y familiares, dejando lagunas o vacíos legales, que benefician a la empresa de salud (al más fuerte); esperamos que algún día, han de llenarse con reglamentaciones más acertadas y equitativas.

Sostiene el Dr. López Mesa: «Las escuetas reglas que el nuevo Código Civil y Comercial dedica a la responsabilidad médica, dada su reciente entrada en vigencia y su sistema de derecho transitorio, no han tenido ocasión de verse receptadas aun en una jurisprudencia medulosa, pacífica y atinada, que encauce los principales problemas que la práctica presenta» (16).

Esta suerte de «hipocresía legislativa y jurídica arropadas de un caparazón formal» no logra enfundar el escenario de la apremiante realidad en los pasillos de los hospitales; sumado a la falta de un accionar independiente e imparcial de los organismos de control (brillan por su ausencia), cuestión sobre la que seguramente tendré oportunidad de expedirme en venideras publicaciones.

Aquí entonces, es de notar, que no solo el juzgador debe advertir una desigualdad en el litigio por aquello de «David contra Goliat», de tener por un lado al experto (galeno) y por el otro a un humilde paciente que ignora completamente la ciencia médica, sino también una multiplicidad de aspectos que rodean al acto médico en su totalidad, y que puede divisarse antes, durante y después del proceso.

Debemos convenir, que efectivamente, estamos en presencia de un contrato que conlleva en sus entrañas los matices propios de un contrato de «adhesión», ya que está vedada la posibilidad de que el paciente pueda fijar los contenidos y alcances del mismo. Este contrato de prestación de servicios médicos se halla también inmerso dentro de los alcances de la Ley 24.240.

La realidad demuestra que es el médico o empresa de servicios médicos quienes elaboran los términos del consentimiento informado; a veces, como simples «formularios pre-impresos» en los que el paciente

o sus familiares solamente rubrican, «con su sola firma» (sin saber siquiera de qué se trata); no brindándosele en muchos de los casos siquiera copia alguna. Cuanta más desigualdad opera en los hospitales públicos, no solo del Gran Buenos Aires, sino también del interior del país, donde la marginalidad, la pobreza y la falta de información hacen que prospere la vulnerabilidad, la arbitrariedad en estas cuestiones, renaciendo por dicho motivo, entre otros tantos, la posición dominante, autoritaria y «supercalificada» del profesional de la medicina. Es por esta razón por lo que en las universidades se está comenzando a concientizar a los estudiantes de medicina al trato digno, amable ético y responsable del paciente; poniendo el acento en una medicina más humanizada; es que además no puede soslayar que debe respetarse la voz (el derecho) del paciente, en el sentido de rechazar el tratamiento médico aconsejado, así, sostiene Feliz A. Trigo Represas: El derecho del paciente al rechazo del tratamiento médico aconsejado constituye precisamente una de las últimas aportaciones de la teoría de los derechos humanos; por cuanto aquel viene a ser, lisa y llanamente, una manifestación o proyección necesaria de los clásicos derechos a la vida, a la integridad corporal, a la libertad personal y de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y en particular, a la auto-disposición sobre su propio cuerpo (17). Este entendimiento se fue consolidando en nuestra jurisprudencia especialmente a partir de los resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 6 de abril de 1993 en el caso «Bahamondez» (18).

Las personas depositan su mayor confianza en el médico, con la esperanza de lograr la curación para la enfermedad que los aflige, aceptan así, las condiciones preestablecidas por la autoridad sanatorial; aquí no hay discusión alguna; se acepta o no se acepta; la razón es sencilla, se encuentra en juego la salud psicofísica individual; y no se pondrán reparos en tratar de obtener alivio para el dolor, curación de la enfermedad y, en el último de los casos, una mejor calidad de vida.

III.- EN CUANTO A LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En forma efímera, dado que hemos llegado al final de esta exposición, se puede decir que la responsabilidad civil médica, se encuentra subsumida en los principios generales que rigen la responsabilidad civil. La mayoría de la doctrina coincide en que los presupuestos de la responsabilidad civil en general, son cuatro: El daño; la antijuricidad; la relación de causalidad adecuada y el factor de atribución (19). Sintéticamente, en cuanto al primero, si no existe daño, pues mal puede pretenderse un resarcimiento económico; no existiría interés ni podría fundarse seriamente una pretensión; pues constituye base para cualquier promoción jurisdiccional civil. Decía Orgaz: «Solo la ilicitud que causa un daño da lugar a una reparación» (20). En cuanto a la antijuricidad, significa una desvaloración de un deber legalmente impuesto; el que ha sido transgredido; desconocido por su autor; pero también puede hacerse referencia al principio general de no dañar a los demás «alterum non laedere» (Ulpiano) (21). Por supuesto que en casos específicos como el aquí estudiado también se aplica el art. 1725 CCivCom. La relación de causalidad adecuada (22); torna necesario, que las consecuencias perjudiciales tengan una conexión adecuada de causalidad con el hecho productor del daño (arts. 1726, 1727 y 1734 del

CCivCom). En cuanto al factor de atribución, decir que en caso de responsabilidad médica el factor generalmente es subjetivo (culpa - dolo). Ahora bien, nuestro Código Civil Comercial -en los arts. 1721 y ss.del CCivCom- nos habla en detalle acerca de los factores, tanto subjetivos como objetivos (23);estableciendo claramente que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos como subjetivos y que, en ausencia de normativa, el factor de atribución es «la culpa».

«Así se ha resuelto ente nosotros que se incumple con dicho deber cuando no se le efectúan al paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente un examen preoperatorio adecuado y los correspondientes análisis de laboratorio, radiológicos y cardiológico (24); o si el paciente sufre graves consecuencias durante el posoperatorio, provocadas por una reacción inmunológica a la penicilina que le fuera suministrada, atento a que las mínimas reglas de prudencia, imponían hacer pruebas de sensibilidad, de factible realización, antes de suministrarse una droga de gran capacidad alergénica, omisión que permite calificar de "culposa" la conducta del facultativo que prescindió de ellas» (25).

IV. BIBLIOGRAFÍA

-Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.694/14)

-Ley N.º 17.132

-Ley 26.529

-TRIGO REPRESA, Félix A.: «Reparación de daños por mala praxis médica»; 2.a ed. actualizada y ampliada. S. l., Hammurabi, 2008.

-ORGAZ, Alfredo: «El Daño Resarcible». S. l., Omeba, 1960.

-BUERES, Alberto: «Responsabilidad Civil de los Médicos», 3.a ed. S. l., Hammurabi; 2007.

-LÓPEZ MESA, Marcelo: «La responsabilidad civil médica. Responsabilidad de Sanatorios y Hospitales en el Nuevo Código Civil y Comercial. Derecho comparado». S. l., BdeF, 2016.

-BUERES, Alberto J.: t. 2; p. 172; hammurabi S. R. L.; «Código Civil y Comercial de la Nación; Analizado, Comentado y Comparado», 2014.

-PEYRANO, Jorge: Cargas Probatorias Dinámicas. S. l., Rubinzal-Culzoni; 2008.

-ACUÑA ANZORENA: Estudios sobre la responsabilidad civil. S. l., Platense, 1963.

(1) MOSSETT ITURRASPE: Responsabilidad civil del médico. S. d., 1979, p. 125).

(2) BORDA: Tratado de Derecho Civil. Obligaciones 5.a, ed., t. 2, p. 491 y ss., N.º 1654; Ríos, en JA, I -571; CCiv., 24/9/35, «Siciliano c. Bachen»; LL, 1-217 y JA, 51-887; CCiv 2.º Cap. 17/10/30, «Calvo c. Fellner», JA, 34-469; Cam 1.a Civ. y Com. Tucumán, 15/6/79, «Anastasiadi c. N. N.», JA, 1980-I-318.

(3) Conf. BUERES: «Responsabilidad civil de los médicos», p. 74; BUSTAMANTE ALSINA: «Teoría General de la Responsabilidad Civil», p. 394, N.º 1370; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: «Tratado de Derecho Civil - Obligaciones». T. IV-B, p. 132, N.º 2822; MOSSET ITURRASPE: op. cit., p. 97, N.º 2; REZZÓNICO, Luis M.: Obligaciones, t. 2, p. 151 4; GHERSI, Carlos: «Responsabilidad de la prestación médico asistencial», pp. 25 y ss., entre otros.

(4) ACUÑA ANZORENA: Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 491, N.º 6 y ss. ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA: Curso de Obligaciones, 4.a ed., t. II, p. 500, N.º 1862. ALSINA ATIENZA, La Cara de la Prueba en la Responsabilidad Civil del Médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado, JA 1958-III-588, N.º 6. BUERES: Responsabilidad Civil de los médicos, 2.a ed.; t. 1, p. 75 y ss., Letra D, a. BUSTAMANTE ALSINA: Teoría general de la responsabilidad civil, 9.a ed., p. 515 y ss., N.os 1365 y 1367-1370. COLOMBO: Culpa aquiliana, (cuasidelitos), 2.a ed., p. 276y ss., N.º 95, GHERSI: Responsabilidad por prestación médica asistencial, 2.a ed.; p. 81 y ss.,

GOLDSCHMIDT: Alrededor de la responsabilidad civil de los médicos; LL, 59-273, N.º II y p. 278, N.º IV.

(5) Borda, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 5.a, ed., t. 2, p., 433 y ss., N.º 1588, BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, 9.a ed., p. 569, N.º 1552; BUSTOS BERRONDO: Acción resarcitoria del daño causado por homicidio, Jus, 3-71, N.º 1; Colombo, Culpa aquiliana (cuasidelitos) 2.a ed.; p. 816 y ss., N.º 242.

(6) Ley 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: 21/10/2009; promulgada de hecho: 19/11/2009.

(7) JA; 1990-II-126 y ED, 136-679. Nota de Germán B. Campos; La diligencia médica y el derecho a la vida. También CNFed.Civ. y Com., Sala II, 2/12/2004, «C. A.c. Policía Federal Argentina», LL, 2005-F 286.)

(8) Artículo publicado en la revista El Derecho, 11/2/2016, título: «Los médicos y El Consentimiento Informado» (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del Nuevo CCivCom).

(9) CSJN: «in re», «Scauman de Scaiola, Martha y Santa Cruz, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios», del 6/7/1999, en elDial-AA355, esta Sala expte. N.º 117.666/2002, «Blasco, Hilda Martha c/ Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español y otros s/ Daños y perjuicios», del 3/5/2012).

(10) Ley N.º 17.132, sanc. el 24/1/1967: promulgada el 24/1/1967; publicada en el BO: 31 /1/1967. «Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas».

(11) TSE, Sala I, 22/5/1995, ponente Martínez Calcerrada, en LL, España, Repertorio 1995, N.º 713; ídem 16/2/1995, ponente VillagómezRodill, LL. España, 1995-1, 541.

(12) WHITE LEPORI, Inés: «Cargas probatorias dinámicas»; en Cargas probatorias dinámicas, PEYRANO, Jorge W.(dir.) y LÉPORI WHITE, Inés (coord.): Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Rubinzal - Culzoni, 2008, p. 60.

(13) PEYRANO, Jorge W.: «Carga de la prueba. Actualidad. Dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal»; JA 1992, IV, 744.

(14) BUERES, Alberto J.: t. 2; p. 172; Hammurabi S. R. L.; «Código Civil y Comercial de la Nación; Analizado, Comentado y Comparado», año 2014.-

(15) Corte de Casación, 1.a Sala Civil 11/10/1988, JCP G 1989, 1121358, nota de M. Dorsner - Dolivet, Corte Apelación París, 20/2/1992, Dalloz t. 1993 sec. Somm., p. 30, obs. Penneau; ídem, 10/12/1992, Gaz. Pal; t. 1994, sec. Somm., p.349.

(16) «Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial» (Marcelo J. López Mesa). S. I., La Ley, t. La Ley 2016-A, Buenos Aires, Argentina, lunes 15 de febrero de 2016.

(17) TRIGO REPRESAS, Félix A.: en «Reparación de Daños por Mala Praxis Médica», 2.a ed. S. I., Hammurabi; p. 375, 2008.

(18) CSJN: 6/4/93; «Bahamondez Marcelo»; LL 1993-D-130;DJ, 1993-2-499 y ED.

(19) 16/2/1984; Sala D. C. N. Civ.; autos: «Roitbarg c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios», en LL 1984-C-586 y ss.

(20) ORGAZ: El daño resarcible, 2.a ed., p. 35 y ss. N.º 4; CNCiv.; Sala E, 30/5/1967; «Bottaro c/ Salas», LL; 127-856.

(21) CSJN: 5/8/1986; «Santa Colomac. Ferrocarriles Argentinos»; JA; 1986-IV-625 ED; 120- 649; CSJN: Fallos, 308:1660.

(22) Expte. 33.742/11, «W., E. A. c/ Galeno Argentina S. A. y Otros s/ daños y perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.». CNCiv - Sala L - 29/12/2015.

(23) Bueres, su voto en C. Nac. Civ., sala D, 24/6/1999, JA 2000-III-615), (esta Sala L, 22-12- 2009, «V., F. R. c. Gobierno»; en JA 2010-II 493).

(24) SCBA: 22/12/92; «Pérez c/ Clínica Central»; en LL, 1993-C-212, JA, 1993-III-111. (25) CNCiv.: Sala A, 29/7/77, «Biedma c/ Clínica Bazterriz», en LL, 1977-D-92, ED, 74-563.

(*) Abogado U. N. L. Z. Abogado en ejercicio de la profesión en forma independiente. Autor de numerosas publicaciones sobre temas de su especialidad, entre las cuales se puede mencionar: Pena de muerte Parte: I, II, III, y IV. La Salud Como Derecho Humano y Social de Primer Orden. Gestación Por Sustitución Necesaria Existencia De Una Ley Especial en Argentina: Parte I y Parte II. Responsabilidad Civil Del Médico Anestesiista Reanimador entre otras.