

Responsabilidad Civil Del Médico Traumatólogo

SUMARIO: I.- Breve Introducción. 2.- Lineamientos generales para el ejercicio profesional y la responsabilidad civil. Normas deontológicas 3.- Constitucionalización Del Derecho Privado Argentino. 4.- Responsabilidad de los profesionales liberales. Obligaciones de Hacer. De medios y de resultados 5.- Labor y responsabilidad específica del Especialista Traumatólogo y del Nosocomio. Aplicación de la ley 24.240 (LDC).6.- Relevancia de la aplicación de las normas deontológicas y cuestiones prácticas 7.- Responsabilidad del Estado por fallas o deficiencias en el servicio médico asistencial 8.- Colofón

Por: Dante Gomez Haiss*

I.- Breve Introducción:

En el presente trabajo se procederá a analizar sucintamente la responsabilidad civil del médico especialista en traumatología y ortopedia. Se hará mención a determinados fallos judiciales y también a la legislación especial que rigen o reglamentan el actuar de los profesionales médicos, en el entendimiento que con el estudio general y sintético de las legislaciones pertinentes ayudará a comprender mejor el amplio abanico de la responsabilidad médica, conjuntamente con la opinión de la doctrina más especializada sobre la materia.

Ello Claro está, teniendo presente las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, según ley N° 26.994/14 y la denominada “constitucionalización del derecho privado argentino”. Esto es, la internalización de normas supranacionales o internacionales de carácter operativo para nuestro derecho interno. Pues, a partir del año 1994 con la reforma a la Constitución Nacional y la incorporación de diferentes Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, lentamente se ha generado nuevos paradigmas en la aplicación de los distintos institutos del derecho civil argentino.

Estos Nuevos Horizontes que involucran nuevos desafíos y nuevos retos, obligan a los operadores del sistema judicial a su estudio pormenorizado y el conocimiento y la aplicación de los preceptos supranacionales o internacionales a cada caso en concreto.

Como sostiene Rubén H. Compagnucci De Caso, “la de los médicos suma un aspecto sensible de la vida social. Estos profesionales son las personas a quienes confiamos nuestra salud, en quienes tenemos la fundada esperanza de que su consejo, tratamiento y diagnóstico nos permita continuar la vida corriente y gozar en plenitud de los afectos y de la naturaleza.”

Todo ello, sin desconocer la realidad actual y las condiciones en la que muchas veces el galeno debe desempeñar sus tareas habituales en nuestro país, a la par, las exigencias actuales, culturales y los límites presupuestarios o económicos que rodea el desenvolvimiento de la medicina moderna y las necesidades imperantes en lo que atañe a la prestación de un servicio asistencial más humano y social, que no debe

seguir siendo ignorado o alejado de las políticas generales y de los programas de salud pública a cargo del Estado, en tanto representar la salud un derecho humano y social de primer orden.

2.- Lineamientos generales para el ejercicio profesional y la responsabilidad civil. Normas deontológicas

El Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N°26.994/14, sancionada el 01/10/2014, publicada en el B.O. el 08/10/2014, entrando en vigencia el 01/08/2015), hace referencia a la responsabilidad civil de los profesionales en forma general, englobando por cierto, a todo tipo de profesiones liberales (arquitectos, ingenieros, abogados, médicos, contadores etc), sin perjuicio de las legislación especial que regule cada actividad. Respecto al profesional, dice Yzquierdo Tolsada: “Concreta una de las carreras seguidas en centros universitarios o altas escuelas especiales por lo general de actividad y trabajo tan sólo intelectual, aún cuando no excluyan actividades manuales”

A su turno, Trigo Represas sostiene: “Este tipo de responsabilidad se da en aquellos hechos en que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión al faltar a los deberes específicos que la misma ley les impone, o sea que es, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trata.”

La responsabilidad civil del médico traumatólogo, en principio se halla subsumida en los lineamientos generales de la responsabilidad de los profesionales que estatuye nuestro nuevo Código Civil y Comercial en el art. 1.768.-

Bueres sostiene que tal responsabilidad ha de requerir para su configuración de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.” y en ese sentido en el caso Biedma c/ Clínica Bazterrica, la Cámara Nacional Civil. ha sostenido lo siguiente: “cuando están juego la vida de un hombre la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad, no hay aquí cabida para culpas pequeñas. El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales”

Sin perjuicio que en cada caso en concreto deberá examinarse las cuestiones relativas a esa especialidad en cuanto a la valoración de la conducta desplegada por el galeno.

No obstante por supuesto que tiene sus particularidades propias, en virtud de la tarea específica desarrollada y que deberá tenerse presente a la hora de resolverse los posibles casos donde la responsabilidad del traumatólogo se halle en disputa.

Pues resulta indudable que la ponderación de los actos médicos se encuentren sobrecargados de una mayor exigencia en lo que respecta a la actividad de quien resulta ser y/o se da a conocer como “especialista” y a este respecto no puede uno desconocer y mucho menos ignorar las sabias premisas que surgían del antiguo art 902 del Código de Vélez, el que disponía: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

Hoy ese estandarte normativo por excelencia se refleja en el art. 1.725 del C.C.y C. que establece: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”.

De modo que un médico especialista desarrolla sus tareas con un cúmulo de conocimientos científicos específicos por el cual realiza su tarea habitual en forma profesional con la pericia suficiente y necesaria para llevar a cabo su tarea al límite de la garantía y por qué no incluso, asegurar en algunos casos específicos, el resultado.

Al mismo tiempo, el consumidor y usuario del servicio de salud, presta su conformidad concurre a un centro especializado de salud,(Nosocomio, Clínica, Instituto Privado, Obra social etc.) y entrega en confianza y buena fe su integridad psicofísica al galeno especialista, pues presupone estar siendo atendido por un médico que se da a conocer como experto en la materia. Un profesional que se haya investido de una específica cualidad, desplegándose así, una cuestión de mayor confianza y seguridad por parte del paciente que espera con ansias se logre el resultado salud.

Particularmente al paciente (tal sujeto de derechos) le asiste el derecho humano a la defensa de su salud y su integridad psicofísica personal. De modo que al estar en juego valores supremos y esenciales que le asiste a toda persona humana, cómo es el derecho a la salud y la vida, es que el Estado Provincial y Nacional, se encargan de regular en lo que respecta a su deber de garantizar las políticas de salud pública, el ejercicio profesional médico, exigiendo para el desenvolvimiento de sus tareas o el ejercicio regular de la profesión, que los profesionales acrediten el caudal de conocimientos técnicos y científicos (la preparación profesional idónea). Ello resulta indispensable para que la sociedad se halle beneficiada con un servicio de salud óptimo y digno, a la vez que se cumpliría con los compromisos internacionales sobre la materia.

Lógicamente, existen un abanico de requisitos y exigencias reglamentarias o normativas para hacer posible el ejercicio de una profesión, en este caso la profesión del arte de curar (lex artis médica). Así pues no solo se exige el título secundario, sino también el título Universitario y en su caso, título que acredite la especialidad y la matrícula correspondiente, entre otras exigencias formales, administrativas y fiscales que hacen a la transparencia y mayor o mejor control del ejercicio profesional.

No obstante en lo que respecta al médico, resulta de vital importancia la observancia de las normas éticas o de valor en el desenvolvimiento práctico y cotidiano.

Generalmente en argentina se acostumbra a exigir al galeno que se inscriba en un listado de médicos especialistas que regula el Ministerio de Salud sea Nacional o Provincial. Independientemente de su previa inscripción en la AFIP y ARBA, ATP provincial y/o organismos recaudadores afines, sin perjuicio de su debida y previa matriculación en el Colegio Médico correspondiente.

De modo que resulta un requisito “sine-quantum” que los médicos deben contar con la pertinente matrícula profesional para poder ejercer la profesión, más aún, si el mismo resulta ser especialista en alguna rama de la medicina (traumatología y ortopedia en el caso bajo estudio).

La actividad del galeno se halla entonces regulada, con disposiciones generalmente deontológicas, éticas, pero a su vez, las transgresiones serán objeto de sanciones por parte de órganos o comités o tribunales de

disciplina, encargados de velar por el cumplimiento de las normas correspondientes y la buena conducta de los profesionales médicos.

Es decir, las normas que regulan las profesiones liberales en este caso la del médico, se muestran generalmente, como un conjunto de derechos deberes y obligaciones a las que deberán estar sujetos en su obrar diario los profesionales.

Sin perjuicio de la naturaleza “deontológicas”, basadas en principios “morales o éticos”, que por lo general contienen las normas que regulan la actividad profesional médica, la jurisprudencia de nuestro país las ha utilizado para endilgar responsabilidad a los profesionales que no las han observado. ej: caso “Amante Leonor c/ AMTA” (1989), en el cual nuestro máximo tribunal sostuvo: “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no hizo lugar al resarcimiento del perjuicio derivado del fallecimiento de una persona atribuido a la negligente atención dispensada por el médico de guardia del establecimiento asistencial de la demandada, sin efectuar referencia ni consideración alguna a la índole y alcance de la obligación médica de asistencia y sin ponderar los bienes jurídicos comprometidos a pesar de que esta determinación resultaba imprescindible para establecer si existió adecuación entre la conducta debida y la obrada y elaborar eventualmente, todo un juicio de culpabilidad (...) Frente a una, hasta cierto punto, comprensible actitud agresiva de quienes requerían ser atendidos el ingreso al establecimiento asistencial, y una vez allí, alertados la enfermera y el médico de guardia sobre la urgencia del caso, pesaba sobre éste el deber jurídico de obrar, no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra (...), no cabe restringir el alcance de los ordenamientos particulares que atañen a los profesionales del arte de curar, ni privarlos de toda relevancia jurídica, sino que se impone garantizarles un respeto sustancial, para evitar la deshumanización del arte de curar, particularmente cuando de la confrontación de los hechos y de las exigencias de la conducta profesional así reglada podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad de los interesados”

El control de la matrícula aún permanece generalmente en la esfera del estado nacional o provincial a través de los Ministerios de Salud locales o provinciales, en el cual se delega en parte dicho control y el dictado de reglamentos que hacen al ejercicio probo del arte de curar, así como también la creación de tribunales de disciplinas y el dictado de códigos de ética, en el cual se establecen derechos deberes y obligaciones así como también sanciones para el caso de incumplimiento, tal como se dijo con anterioridad.

Siguiendo a Pascual Eduardo Alferillo, este autor sostiene que estas pautas del buen accionar médico son genéricas, pero en algunas especialidades o tareas médicas específicas, la ley se ha preocupado por reglamentar el modo concreto de cómo se debe ejecutar correctamente, es decir precisa la “Lex artis” para el caso, ejemplo: ley 22.990 dónde se establece el régimen normativo de alcance general en todo el territorio

nacional que regula las actividades relacionadas con la manipulación de la sangre humana y sus componentes derivados y sus productos.

El incumplimiento de estas pautas, permitió a la doctrina judicial expresar que, con directa vinculación a ello, en autos obra acreditado nexo de causalidad entre los agentes del servicio de hemoterapia y el daño producido al señor S., conforme la opinión del perito que: “no cabe duda que la causa de muerte debe ser interpretada como una reacción hemolítica inmediata pos- transfusional. La complicación más temible de la transfusión sanguínea, consistente en la destrucción de los glóbulos rojos transfundidos por los anticuerpos y mecanismos inmunológicos de defensa del organismo receptor, activándose mediadores de la inflamación y la coagulación generando un cuadro síndrome conjunto de síntomas y signos - similares a los acontecidos en el presente caso - Las reacciones de mayor gravedad, sigue informando la pericia, en los cuadros de efectos adversos en las transfusiones sanguíneas obedecen casi siempre a la incompatibilidad en el sistema de grupo sanguíneo. (CCCMin. de San Juan, sala I, 14-12-2001, Cañada, Inés María c/ Estado Provincial s/ Daños y Perjuicios”, causa 16529, L. de Sa., t. 81, fo 151/162).

En la Provincia del Chaco las normas administrativas o reglamentarias aplicables están a cargo del Ministerio de Salud algunas de ellas son las siguientes: Dto. 527, Ley N° 2550, 3042, 4404. Así el art 10 del Dto. Ley 527/55 y sus modificatorias que reglamentan la profesión del arte de curar y sus ramas auxiliares, el que quedará redactado en las siguientes formas: “Art. 10º - Los profesionales que ejerzan la medicina podrán anunciarse y usar el título de especialista previa acreditación de una de las siguientes condiciones: a) Ser profesor universitario en la materia. b) Poseer el título de Especialista o de capacitación especializada otorgado por universidad Nacional o Universidad Privada y habilitado por las autoridades competentes de Salud Pública de la Provincia. c) Poseer título de Especialista otorgado por Colegio o Sociedades Médicas reconocidas de la especialidad y siempre que tales entidades impongan las exigencias vinculadas a las antigüedades en el ejercicio de la especialidad, valoración de los Títulos y antecedentes y examen teórico – práctico. Tales Títulos deberán ser reconocidos por la autoridad competente de la Salud Pública Provincial. d) Poseer certificado de Especialista otorgado por la autoridad competente de Salud Pública Provincial previa certificación de antigüedades de cinco (5) años en el ejercicio de la Especialidad en Servicios Oficiales Hospitalarios aprobados y previamente reconocidos por la autoridad señalada”. LEY 3042/84 Art. 1: Incorpórase al Artículo 10 del Decreto - Ley 527/55 y sus modificatorias Ley 2550 “de Facto” el inciso – e) cuyo texto será el siguiente: Art. 10: Inciso e) Haber cumplido con el Plan de Residencia Médica de la especialidad en Institución Oficial, cuya certificación deberá ser reconocida por el Ministerio de Salud Pública y Acción Social.

Sin embargo, la actuación del galeno deberá también circunscribirse a las normas específicas que regulan la Lex artis médica por ejemplo la ley Nª 17.132 de ejercicio de la medicina y la ley Nª 26.529 derechos de los pacientes, así como también El Código de Ética de la Confederación Médica Argentina, que como bien sostiene en su artículo primero: “La Deontología médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico.”

Por su importancia se transcribe el art 5 del Código de Ética Médica el que establece lo siguiente: Principios Generales Artículo 5° En toda actuación el médico cuidará de sus enfermos ateniéndose a su condición humana. No utilizará sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad. En ninguna circunstancia le será permitido emplear cualquier método que disminuya la resistencia física o mental de un ser humano, excepto por indicación estrictamente terapéutica o profiláctica determinada por el interés del paciente, aprobadas por una junta médica. No hará distinción de nacionalidad, de religión, de raza, de partido o de clase; sólo verá al ser humano que lo necesita.

También reviste decisiva importancia el Código Internacional de Ética Médica, que enuncia los deberes y obligaciones de los médicos de todo el mundo. Su aparición fue una respuesta a la experimentación que se efectuaron en la segunda guerra mundial en seres humanos por parte del régimen nazi. Es una de las regulaciones éticas internacionales más importantes en la clínica y en la investigación médica y un documento fundamental de la Asociación Médica Mundial que nuclea a los médicos de todo el mundo.

No cabe duda alguna que ante una transgresión o violación de una norma administrativa es decir un desconocimiento de una norma deontológica, nos encontraríamos ante una antijuricidad meramente “formal” y no material, sin embargo aunque ello fuera así, dicha falta puede desembocar en una “seria presunción de culpabilidad” en contra del infractor ante daños irrogados al paciente. Pues el juez del caso tendrá presente el cumplimiento de las normas deontológicas o éticas, para la valorar la conducta desplegada por el galeno.

Sin perjuicio de lo expuesto, claro está, por sobre cualquier norma administrativa o reglamentaria en lo que respecta al ejercicio profesional, se encuentra el deber inexcusable del médico a la atención más idónea y sobre todo el respeto y consideración por el derecho a la vida y la salud de todo ser humano.

3.- Constitucionalización Del Derecho Privado Argentino.

La Comisión redactora de nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, al fundar el anteproyecto manifestó que el mismo: “innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.”

De los fundamentos que han sido base para la unificación del antiguo Código Civil y Comercial de la Nación y el Código de Comercio, se han tenido presente siguientes proyectos de reformas anteriores: El de 1926 preparado por Juan Antonio Babiloni. El de 1954, redactado bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías. El de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación (año 1987). El de la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993. El preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92. El Proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95. Esta base fue enriquecida por numerosos trabajos críticos de la doctrina y decisiones jurisprudenciales que también se consideraron.

Con la reforma a la Constitución Nacional en el año 1994, en la provincia de Santa Fe, se han incorporado diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22. Consecuentemente se ha receptado e incorporado de manera expresa, las opiniones de doctrinarios y la jurisprudencia de nuestros tribunales en el sentido de armonizar las normas internas sean estas de fondo o adjetivas para rodearlas de principios y garantías constitucionales.

De modo que se ha generado y/o ampliado el sistema de fuentes del derecho privado argentino, sirviendo estas de pilares esenciales para nuestro sistema jurídico y las decisiones judiciales en cada caso en concreto. Por ello es que muchos autores denominan a esta nueva realidad jurídica, como la “constitucionalización del derecho privado”, razón por la cual, obliga a todos los operadores del sistema, al estudio y aplicación inmediata, a los casos a resolver, esto es, interpretar y aplicar el derecho, conforme a este nuevo sistema de fuentes. En sencillas palabras deben resolverse los casos particulares acorde a las leyes específicas que regulan la materia, pero también interpretarlas en un todo armónico, conforme lo establece la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, so pena de responsabilidad internacional de nuestro país.

A ello hace referencia directa el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación según Ley N° 26.994/14, al disponer en su art. 1: Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no reguladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Asimismo en el artículo 2, el Código Civil y Comercial, establece lo siguiente: Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

4.- Responsabilidad de los profesionales liberales. Obligaciones de Hacer. De medios y de resultados

En cuanto a la regulación de la responsabilidad civil de los profesionales liberales no podemos obviar lo que claramente dispone el art. 1.768 del C.C.C.N: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la sección 7ma, de este capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1.757 del C.C.C.N..

Es decir, que la responsabilidad por el incumplimiento del profesional liberal quedará acreditado según cual sea la prestación a la cual se haya obligado ha hacer (de medios o de resultado).

Consecuentemente estas normas jurídicas se hallan entrelazadas con las disposiciones contenidas por los artículos 773 y 774 del Código Civil y Comercial de la nación. El primero de ellos, el art 773 del CCC

establece concretamente un concepto de “obligaciones de hacer”, al disponer lo siguiente: “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 tanto que el art 774 establece específicamente lo siguiente: Prestación de un servicio: La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidos en este inciso. b) En procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia.”

De los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, se extrae respecto a las obligaciones de hacer específicamente, lo siguiente: “El obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva. La prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que éste fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Esta elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial. El incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a: exigir el cumplimiento específico; hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; reclamar los daños y perjuicios.”

La responsabilidad del galeno puede ser, y generalmente lo es: “subjetiva”, es decir, cuando el galeno se halle incurso en responsabilidad civil por culpa o dolo (arts. 1.724 y 1.725 CCyC) o bien puede ser “objetiva” cuando el especialista haya comprometido un resultado concreto o determinado, a ello se refiere el artículo 1.723 del Código Civil y Comercial de la Nación al establecer que “cuando de la circunstancia de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado su responsabilidad es objetiva. Ocurriría este último supuesto en casos por ej, de cirugía plástica embellecedora (en estos casos no hace falta acreditar la culpa), al acreedor le basta con probar la inejecución o incumplimiento de la obligación o la no consecución del resultado comprometido; lo que genera una presunción de culpa en cabeza del deudor, es decir estamos ante un deber objetivo que trae aparejada una responsabilidad objetiva y donde la atribución subjetiva de culpabilidad resulta irrelevante.

No obstante la generalidad de la actuación médica se halla circunscritas a tareas que se enrolan en una obligación “de medios” y no de resultados. La jurisprudencia es unánime al afirmar: “el médico no se compromete a curar sino a proceder con diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión...” asegurándose que por imperio de las leyes que reglamentan el ejercicio de la medicina les está impedido efectuar una promesa de curación o mejoría.”

En otras palabras la noción de culpa en cualquiera de sus manifestaciones imprudencia negligencia o impericia se relaciona con el deber de previsión del sujeto en el caso profesional de la salud respecto a las consecuencias que emergen del curso natural de las cosas, no es que exista un concepto autónomo de culpa médica distinta a la culpa del derecho común, sino que la misma ha de evaluarse en puntual referencia a lo que resulta exigible de acuerdo a la práctica médica, ahora bien, el obrar imperito no basta con invocarlo,

sino que ha de acreditarse debidamente en la causa jugando al respecto las reglas procesales existentes respecto a la carga probatoria y a la sana crítica.”

5.- Labor y responsabilidad específica del Especialista Traumatólogo y del Nosocomio. Aplicación de la ley 24.240 (LDC).

El origen etimológico del término “traumatología” según el Diccionario de la Real Academia Española, el término deriva Del gr. τραῦμα, -ατος traûma, -atos 'herida' y -logía. 1. f. Parte de la medicina referente a los traumatismos y sus efectos.

Los galenos que se dedican a esta parte de la medicina son llamados “traumatólogos”, se trata de especialistas médicos que se encargan del estudio de las lesiones o heridas que se producen en el aparato locomotor sean estas de origen traumático o congénito.

El traumatólogo, para poder ejercer su profesión y dedicación exclusiva como especialista de una determinada rama de la medicina, deberá contar con el título correspondiente, el aval del estado y de la autoridad competente para poder ejercer la profesión. Así deberá realizar todos los trámites relativos a la obtención de su matrícula y demás trámites administrativos que la autoridad pertinente exija.

La historia de la traumatología se remonta aproximadamente unos trescientos años antes de cristo. No obstante no es el objetivo de este artículo ampliar respecto al tema histórico. Solo decir que siempre el hombre ha buscado la inamovilidad de las extremidades lesionadas, con el objeto de lograr la fusión y regeneración de la parte fracturada, por ejemplo con el uso del “torniquete”, hasta hoy día utilizado. Tiempo después por medio de la combinación del sulfato calcio y el agua se creó el yeso, con el mismo objetivo.

Hoy en día existen distintas clases de procedimientos y técnicas de inmovilización de la zona afectada, en pacientes traumatizados, por ejemplo: Collarín Cervical tipo Philadelphia el que se coloca en el cuello del paciente para inmovilizar su columna cervical. Inmovilizador de cabeza Dispositivo complementario al collarín cervical que se usa de manera conjunta con la camilla de cuchara o el tablero espinal para la completa inmovilización cervical (movimientos laterales de la cabeza) en pacientes politraumatizados, con sospecha de trauma cervical y/o traumatismo craneoencefálico, entre otros.

Las lesiones que puede presentar un paciente, pueden ser óseas, en la piel, articulares, tendinosas (tendones) esguinces, contusiones, fracturas óseas, no solo en las extremidades sino también en la columna vertebral, entre otras.

Son diversos los tratamientos empleados ante una lesión, pero tengamos en cuenta que generalmente los abogados nos encontramos con clientes que han sufrido accidentes de tránsito y que como producto del siniestro ha sufrido daños en su humanidad como ser fracturas y luxaciones, contusiones etc. y que muchas veces el especialista traumatólogo requiere la colocación de tornillos, placas y otros elementos ortopédicos que conllevan la realización de gastos extraordinarios para el accidentado. Estos elementos extraños, son colocados en el interior del cuerpo del paciente lesionado, sin perjuicio de la colocación de yeso o vendaje, entre otras curaciones. Ante ello, dependiendo si el accidentado cuenta o no con obra social podrá realizarse las intervenciones quirúrgicas correspondientes en un plazo temporal menor o mayor.

Pues muchas veces al ocurrir un siniestro vial, aparece en escena la “ambulancia” que generalmente depende del hospital zonal del lugar donde ocurrió el accidente. Al ser atendido en un Hospital y si la persona no cuenta con obra social, deberá someterse a los rigores de cualquier hospital público en Argentina, entre ellos los trámites burocráticos y la espera de un tiempo que excede el razonable en la obtención de elementos ortopédicos o implantes que el paciente necesite y que generalmente conlleva la erogación de elevados costos dinerarios.

A raíz de estas atenciones médicas precarias que el accidentado sin cobertura de obra social o medicina prepaga recibe y que muchas veces dejan mucho que desear sobre todo en hospitales públicos, la lucha constante para hacerse de la historia clínica, la consecución de medicamentos y demás casos que podrían llegar a configurar responsabilidad médica.

Como se dijo en el punto anterior en lo referente a la responsabilidad específica del médico traumatólogo, en principio se halla comprendido dentro de la responsabilidad civil general de los profesionales liberales art 1.762 del CCCN el que remite a los art 773/774 de la misma normativa legal. Es decir que no se le exige al profesional traumatólogo una responsabilidad distinta o “especial” que pueda llegar a diferenciarse de la responsabilidad común o general de cualquier otro profesional. No obstante, el traumatólogo especialista, al estar investido de una cualidad profesional específica o determinada posee un determinado nivel de conocimiento que lo convierte en experto. Por lo tanto mayor será la exigencia de la pericia puesta en cada uno de sus actos, por ende mayor será el grado de responsabilidad atento los términos del art. 1.725 del C.C.C.N

Así entonces, cuando nos encontramos ante un posible caso de mala praxis médica por el hecho de un traumatólogo, cabe tener presente los hechos acaecidos; el tiempo y demás circunstancias en que ocurrieron; la incidencia que tenga la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994 - CCCN-) vigente desde el 1-8-2015 (ley 27.077).

Con respecto a la ley de defensa del consumidor, atento las disposiciones contenidas en la ley especial (Ley 24.240 y modif.). la que establece que los servicios prestados por profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad pública facultada para ello no se encuentran alcanzados por las normas que regulan la relación de consumo (art. 2 seg. párr. LDC). De tal modo que la conducta del profesional de la medicina, hallándose comprendida en la exclusión legal debe ser analizada como una obligación de medios y no de resultados, en virtud de la cual se compromete a asistir al paciente con prudencia y diligencia.”

Con referencia a la responsabilidad del nosocomio, resulta claro que sin perjuicio de la responsabilidad singular o solitaria que se le pueda endilgar al médico traumatólogo, también corresponderá, en su caso, analizarse la responsabilidad de la Clínica o Sanatorio para el cual trabaja o desempeña su labor. Así como también, la posible responsabilidad de otros profesionales o dependientes de la Institución sanitaria que hayan actuado e incluso de sus autoridades. Pues debe cumplirse no solo con el deber de seguridad e higiene sino también con el deber de prevención del daño. Es decir, desentrañar si la autoridad sanitaria o el

nosocomio estuvieron a las alturas de las exigencias profesionales básicas y elementales para con el paciente en lo referente a su asistencia sanitaria idónea.

Cuando el médico que es demandado trabaja en un establecimiento asistencial, existe entre ambos una “estipulación a favor de terceros”, vale decir del paciente que requiere asistencia (art. 1.027 CCCN). Tal situación determina que, en caso de incumplimiento de los deberes médicos, nace de una acción directa no sólo contra el médico sino también contra la entidad prestadora en razón del contrato asistencial celebrado entre ellos a favor del paciente.

“Es decir, la responsabilidad de los centros asistenciales resulta siempre que se haya demostrado un supuesto de culpa por parte del médico que trabaja en ellos, pero ese no es el único supuesto por el cual pueden verse condenadas a responder. En cualquier caso la obligación de aquellos, cuando procede, no es solidaria sino concurrente con la del médico pues cada una reconoce una causa diferente. En efecto, existe en tales supuestos unidad de acreedor, pluralidad de deudores, unidad de objeto pero diversidad de fuentes.” Por lo que se desprende de los párrafos anteriores podríamos sostener, que la responsabilidad del traumatólogo como la del centro asistencial para el cual trabaja, si bien se encuentran concatenadas o unidas no siempre se resolverá el caso mediante la aplicación de idénticas normas legales. La exclusión del profesional del marco legal contenido en la LDC, no implica un obstáculo, ni impedirá que la responsabilidad del centro asistencial o del nosocomio pueda quedar subsumida bajo el alcance de dicha ley.

Podemos entonces convenir en la exclusión singular del profesional médico respecto a la aplicación de la ley de defensa del Consumidor (LDC). No obstante respecto al Instituto privado, Clínica, Nosocomio o Centro asistencial, en tanto funcione como empresa proveedora quedará obligada en los términos del artículo 2 LDC; artículo 1.093 del C.C.C.N., artículo 5 LDC,(deber de seguridad) por lo que en definitiva, el caso se encontrará alcanzado por las normas más favorables de protección al consumidor.

En todo caso, la carga probatoria quedará, en principio, sobre la parte que alega la mala praxis del profesional traumatólogo. Pero la situación cambia en lo que respecta a la “obligación de seguridad” que el art. 5 de la LDC impone a la empresa de servicios de salud, ya que en caso de acreditarse el daño se aplicarán las disposiciones contenidas en el art 40 y 40 bis de la norma consumerista. Por lo tanto el factor de atribución en cuanto a la responsabilidad de centro de servicio de salud Institución privada o nosocomio será “objetiva”.

Lo contrario sucede cuando hablamos de obligaciones de medios, donde no existirá responsabilidad sin culpa, puesto que el factor de atribución es “subjetivo”.

Recordando que atento al contenido de los arts., 1.734, 1.736, 1.744 la prueba del daño del factor de atribución, de las eximentes, de la relación de causalidad y de la causa ajena está a cargo de quien la invoca salvo imputación legal, presunción normativa o, en el caso del daño, surja notoria de los propios hechos.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, constituye una obligación procesal que las empresas dedicadas a la prestación del servicio de salud (Nosocomio, Centro de salud, Instituto, Clínica etc.) pongan a disposición

del Juez todos los elementos de convicción en aras del cumplimiento del deber de cooperación y buena fe procesal.

De todos modos el Juez o Tribunal podrá aplicar en estos casos las prerrogativas o facultades establecidas en el art. 1.735 del CCCN en lo que respecta a las llamadas “pruebas dinámicas”, en el sentido de que deberá probar aquella parte que esté en mejores condiciones de hacerlo y que ello se realiza con el fin de que se efectivice la real colaboración en el proceso y no tan solo como un modo de mera inversión de la carga probatoria.

Dice la jurisprudencia: “Parece justo que en los supuestos donde el develamiento de la verdad está al alcance de ambas partes, se requiera una actitud positiva de ellas con el fin de que aquélla sea esclarecida. No obstante, ese dinamismo probatorio nunca podrá traspasar el límite que impone el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo cual mal podría exigirse el planteo por el propio demandado de puntos periciales que sepa le serían adversos. En este sentido es mi parecer que sólo se puede requerir al accionado el máximo de colaboración para acreditar todo aquello que permita poner en evidencia la corrección de su proceder. Tampoco puede pasarse por alto que en el campo de la actividad médica y entiendo que ello alcanza al establecimiento que presta el servicio, rige el principio de discrecionalidad; éste se manifiesta en la libre elección que debe reconocerse al profesional para la adaptación de los sistemas terapéuticos conocidos a las características particulares del caso y a las reacciones específicas de los pacientes sometidos a un tratamiento, dado que no todos los organismos responden exactamente de la misma forma.

En función de la precitada doctrina, con los límites que estimo le caben y que he mencionado, se impone a los establecimientos desplegar la actividad procesal tendiente a la acreditación de su correcto proceder; no porque se presuma su culpa, lo cual sería severamente violatorio de la garantía de inocencia (art. 18 Const. Nacional), sino porque son quienes se encuentran en mejor posición para acreditar la verdad de los hechos, en especial porque suele tratarse de cuestiones complejas y de difícil comprobación para el damnificado (CSJN, 24-11-1998, JA, 1999-III-331 -voto del Dr. Gustavo Bossert -; CSJN, 2-6-1998, JA, 2000-IV-187, secc. índice, n° 40; esta Sala, causas n° 92.388, 103.445, entre muchas otras), pero por sobre todo en orden a la responsabilidad objetiva que establece la LDC (arts. 5, 40 y 40 bis).

Sobre esta relatividad de la condición de actor o demandado a los fines de la prueba, se ha dicho con claridad que evita la aplicación mecánica de conceptos, como puede llegar a serlo incluso el de “pruebas dinámicas”, que la carga la define la situación en que la parte se coloca en el juicio; por ello, si la parte demandada hace afirmaciones de descargo o presenta una versión distinta de los hechos, soporta la carga de probarlos; no así cuando sólo se limita a negarlos (Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, ob. cit., Tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As., 1987, p. 325). Ello sin olvidar que un hecho puede ser presentado en forma positiva o negativa, según la habilidad retórica de quien la formule (Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, ob. cit., p. 321).”

De modo que la responsabilidad civil del médico traumatólogo no es más que una responsabilidad de medios (subjetiva) y no de resultados (objetiva) en general. Ello independientemente de efectuar sus tareas con la máxima diligencia y exigencia que impone su especialidad (art 1.725 CCYCN). Es decir

se le exige como a cualquier profesional ponga en práctica, dada su especialidad, de todo el cúmulo de conocimientos científicos - prácticos a los efectos de lograr el resultado salud, esto es, su prudencia, pericia, diligencia necesaria, finalidad que se encuentra en definitiva en ambas partes de la relación (médico - paciente).

No resulta ocioso recordar que el médico especialista en traumatología y ortopedia deberá poner en práctica en sus tareas habituales sus plenos conocimientos y las técnicas más adecuadas y avanzadas al estado clínico de cada caso, sin perjuicio que siempre existe un “alias” de peligro o de riesgo que en principio puede llegar a escapar al médico poder subsanar a tiempo.

El médico traumatólogo deberá realizar así, un diagnóstico certero, valiéndose para ello de amplios estudios complementarios previos, como por ejemplo: aquellos comprendidos dentro de los denominados “diagnósticos por imágenes” (placas radiográficas, ecografías, tomografía computada etc.) que ayude al galeno a cerrar o circunscribir su ámbito de actuación médica (diagnóstico) y tratamiento o protocolo de actuación (tratamiento), respecto al estado clínico que se presenta el paciente.

6.- Relevancia de la aplicación de las normas deontológicas y cuestiones prácticas.

En el ejercicio de su profesión el médico traumatólogo deberá observar al igual que cualquier otro profesional de la salud y aun otras profesiones liberales, las normas éticas o “deontológicas” que rigen su profesión y ello sucede en nuestro país, así como también en países extranjeros como España por ejemplo, “el elevado número de artículos que las revistas de cirugía ortopédica y traumatología (COT) dedican a las cuestiones éticas y las directrices específicas emanadas de las organizaciones profesionales, como la Academia Americana de Cirujanos Ortopédicos (AAOS), muestran el interés y la importancia de la ética para la práctica de la COT. Por su parte, el artículo 2.6 de los Estatutos de la SECOT indica que la Sociedad «velará por el exacto cumplimiento de las normas deontológicas y dispondrá los medios necesarios para evitar el intrusismo profesional». En España, estas normas están recogidas en el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial (CEDM). En efecto, la ética es un elemento esencial de toda profesión y, en el caso de la medicina, la ética impone el deber de respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad (CEDM, Art. 4). Del cirujano ortopédico y traumatólogo se espera que posea las actitudes éticas propias del buen médico, que esté al servicio del hombre y de la sociedad. Lo que condiciona la ética de la especialidad de COT es que a las habilidades intelectuales, se añaden las destrezas técnicas y manuales...El primer principio ético aprobado por la AAOS afirma: «La profesión de cirujano ortopédico existe con el fin de cuidar al paciente. Por lo tanto, la relación médico paciente es el punto central de la ética. El cirujano ortopédico deberá proporcionar un servicio médico competente con compasión y respeto..”

Vemos así, como las “normas deontológicas” adquieren significativa importancia a la hora de valorar la conducta del galeno.

Desde la década del ochenta, las demandas por “mala praxis médica”, se han ido incrementando, se ha producido un quiebre en la anterior relación médico-paciente de carácter paternalista que existía en los años

50 hasta la década del 70, ello quizás por el auge de los medios de comunicación, el avance de la tecnología y el manejo de la información. Así mismo la mayor difusión en la sociedad, respecto de los derechos de los pacientes.

Si bien en este tipo de especialidad se ha sostenido lo siguiente: “En el caso de la cirugía ortopédica, se afirma que constituye un ámbito privilegiado como observatorio del error médico, por dos razones: las complicaciones derivadas de la práctica médica en el sistema músculo-esquelético raramente llevan a la muerte del paciente, pero pueden dejar secuelas y discapacidades; en segundo lugar, porque, a través de las radiografías y de las técnicas de imagen, se puede certificar lo sucedido, incluso pasado bastante tiempo después de la intervención.”

Lógicamente se ponen en práctica los presupuestos básicos de atribución de la responsabilidad civil, esto es el daño, la antijuricidad, el factor de atribución (culpa - dolo), nexo adecuado de causalidad, como sucede en cualquier otro caso de responsabilidad por daños y perjuicios.

Ha dicho la jurisprudencia: “Por tratarse de una obligación de medios se ha sostenido que la prueba de la negligencia recae - en principio- sobre el actor”. Ello así sin perjuicio del deber moral e inclusive jurídico de los demandados de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, norte de todo proceso.”

No efectuar seguimiento adecuado del paciente al que se ha operado: debemos aclarar que el médico tiene 3 deberes que comprende 3 etapas: diagnóstico, tratamiento y atenciones y cuidados. Por otra parte, debemos distinguir entre el alta médica y el alta sanatorial. En ese sentido el alta médica lleva consigo el alta sanatorial, pero no a la inversa, es decir, puede ocurrir que el médico le conceda al paciente el alta sanatorial pero le indique que debe tomar ciertas precauciones, continuar con el tratamiento indicado y cumplir con controles médicos periódicos (es lo que se denomina tratamiento ambulatorio).

En el caso de que el médico traumatólogo alegue haber actuado conforme lo establecen las normas deontológicas y reglamentarias, conforme la “lex artis médica” apropiada para el caso en concreto, de igual modo estará obligado procesalmente a brindar debida colaboración con la justicia acompañando todos y cada uno de los elementos que hagan a su defensa y en su caso también, alegar el caso fortuito o la fuerza mayor, la causa ajena o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.

Con respecto a las cuestiones prácticas o esfera de actuación del especialista en traumatología y ortopedia conviene resaltar lo manifestado por el doctor Reinaldo Ludueña “Creo que una de las peores dificultades que podemos experimentar en un post operatorio es una infección. Todos tenemos, sin lugar a dudas, en nuestras espaldas la cruz que significa el tratamiento de una artroplastia total infectada, o una osteomielitis. No es posible pensar que haya un médico que puede realizar una cirugía con la finalidad de que se infecte. Pero vemos a diario que infección o cualquier otro tipo de complicación es sinónimo de mala praxis. En esto, considero que a pesar de estar constantemente discutiendo sobre el valor del consentimiento informado, si nos puede hacer evitar una demanda judicial, o cuál es la mejor fórmula para utilizar, no se le da a este acto la real importancia que tiene y que consiste en explicar claramente, llanamente, en términos simples y las veces que sea necesario, el tratamiento que vamos a efectuar al paciente que estamos asistiendo. Se informan los procedimientos, las técnicas, pero no se le da tanto énfasis a las complicaciones,

que sí aparecen, son entendidas por el paciente como una mala terapéutica. Pero para que esto ocurra, sin lugar a dudas y si siendo una constante en las causas relevadas, existió directa o indirectamente una fisura o ruptura en la relación médico paciente, que puede deberse a muchos motivos pero que fundamentalmente ocurrió no porque el traumatólogo tratante no se haya ocupado científicamente del tratamiento en sí, sino por no brindarle la explicación, o dispensarle el tiempo que el actor requirió para saciar todas las inquietudes y preguntas que lo agobiaban. En un 16% de los casos evaluados directamente por constancias médicas obrantes en autos sea podido observar que la opinión de otro colega fue la que inició o desencadenó la vía legal. Sin dudas, al leer las demandas y principalmente en los puntos de pericia médica solicitado por las partes se observa que en los mismos ha intervenido directamente o como asesor, un médico, que en ocasiones actúa también como Perito y en otras no figura en las actuaciones. Dijimos que las denuncias se efectúan por muy diversas causas observado entre en demandas en las cuales el paciente había sido intervenido quirúrgicamente de su columna lumbosacra, que el tema de discusión era específicamente el tipo de implante indicado, no porque el colocado no se utilizase, sino porque había mejores. Que un traumatólogo utiliza una técnica o implante de uso habitual, a lo que está acostumbrado, que son reconocidos en la bibliografía tanto nacional o internacional, no constituye una mala práctica médica, aunque existan otros que puedan ser mejores. Vemos estas discusiones muchas veces en la junta médicas que realizamos con Peritos o Consultores Técnicos, Médicos que creen encontrarse en un ateneo científico y no en un acto pericial, donde la evaluación principal es determinar si ha existido impericia, imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos o deberes del médico, en su accionar como profesional en un específico caso, debiéndose analizar un sin número de elementos de los cuales uno puede ser el implante colocado, pero no el único.”

Al respecto dice el Dr Ricardo Ariel Gonzalez Zund: “Principalmente, los centros asistenciales “públicos” cuentan con el denominado “jefe de traumatología”, ¿Hasta dónde le cabe responsabilidad por las negligencias médicas provocadas por médicos, residentes, y auxiliares, bajo su dirección?. Como elemento central debemos decir que el cargo detentado no lo es con fines gerenciales-remunerativos; su función, y obligación específica es la de “contralor” de los médicos de sala, residentes, auxiliares y dependientes. El tema central es hasta qué punto responde por las deficiencias de ellos. Se ha dicho que “...el jefe de un departamento médico no es un simple empleado administrativo, ni su actuación se limita a un formal control de que los pacientes ingresados por las guardias reciban atención , sino que su auditoría médica debe apuntar a un relevamiento de la terapia practicada en cada paciente, y a que no se comentan groseras omisiones que puedan generar graves consecuencias por la vida o salud de los mismos..”(CNCiv. Sala A, 7/3/97, J.A. 1998-II-425).

7.- Responsabilidad del Estado por fallas o deficiencias en el servicio médico asistencial:

Muchas veces ocurre que sin perjuicio de las responsabilidades civil del médico en particular, se dan situaciones del entorno y muy específicamente lo que atañe a las deficiencias o faltantes de elementos de trabajo sobre todo en hospitales públicos, donde el servicio de asistencia médica termina siendo una tarea

perjudicial para la salud del médico, quien no tan solo debe hacer frente a las situaciones de emergencia sin tener las provisiones o suministros suficientes y adecuados de medicamentos y/o elementos y herramientas mínimas necesarias que le permita llevar a cabo su trabajo cotidiano en forma correcta y segura. Ello se produce quizás, por la pésima situación de crisis socio-económica que azota nuestro país desde hace ya varias décadas.

No obstante no se debe pasar por alto que el Estado debe garantizar el servicio asistencial en tanto configura un derecho humano esencial, constitucionalmente protegido.

Se suman los problemas cotidianos por los que debe afrontar las personas mayores o de la tercera generación, caso de los jubilados y los eternos problemas con la Obra Social PAMI, con prestadoras y nosocomios que no atienden dicha Obra Social, sin contar el encarecimiento de los medicamentos que parece estar atado a la inflación que azota nuestro país a consecuencia de las malas políticas en materia económica y social por parte de los sucesivos gobiernos de turno.

Es que lógicamente para que los profesionales de la salud puedan ofrecer un servicio de salud óptimo, deben darse las condiciones laborales mínimas para que ello sea posible. Así nos encontramos con hospitales públicos en deplorables condiciones de higiene y seguridad, las condiciones edilicias de los lugares de trabajo son pésimas o inadecuados. La carencia de elementos técnicos, terapéuticos y clínicos indispensables y/o de adecuada infraestructura para hacer posible la prestación de un servicio de salud más humano y digno.

Las cuestiones reseñadas con anterioridad, no liberan de responsabilidad al médico actuante pero quizás la atenúan en cierto porcentaje. Es que el Estado (Municipal, Provincial o Nacional), carga con la obligación constitucional de proveer un servicio de salud adecuado para los ciudadanos. Al respecto se ha resuelto: “Deviene procedente condenar al GCBA a pagar una indemnización de 140 mil pesos a un hombre que alegó deficiente atención médica en un hospital público por la demora en la realización de la intervención quirúrgicamente que le fuera indicada luego de sufrir un corte en la palma de su mano izquierda a la altura de los dedos mayor y anular, toda vez que las apreciaciones del perito médico y la prueba reseñada permiten inferir que, si bien como destaca el experto médico es difícil la obtención de resultados satisfactorios en este tipo de intervenciones, la demora en la realización de la primera intervención, la necesidad de realizar una segunda cirugía, la deficiente confección de la historia clínica y la falta de registro de por lo menos una atención del actor en el Hospital, configuran un obrar negligente en la atención que frustró la posibilidad de sanación del accionante.” En otra causa judicial se ha resuelto: “Toda vez que el hospital público codemandado no ha arrojado prueba tendiente a corroborar que, contando con los datos concretos del paciente - nombre, documento y domicilio- y los medios organizacionales en funcionamiento (área de servicio social), llevó a cabo con los recursos con los que cuenta -personal de diversas áreas conforme la normativa vigente las tareas necesarias para efectivizar la comunicación a la familia de la víctima de su internación y permanencia en el nosocomio hasta su fallecimiento, el GCBA, del cual depende dicho nosocomio, debe responder por los daños y perjuicios derivados de tal accionar.”

"En tanto que, desde la óptica iuspublicista se ha afirmado que el nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el servicio de salud, y frente a un deficiente funcionamiento del mismo, el Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia función, y no a la actuación del profesional o dependiente. De tal modo, si el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, queda atrapada la responsabilidad del Estado, pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado por mandato constitucional debe garantizar, pues constituye uno de los fines esenciales del Estado que justifican su propia existencia".

"Así, el Estado tiene el deber jurídico de realizar prestaciones positivas dirigidas, sustancialmente, a la prevención de la enfermedad, y a la asistencia -médica y terapéutica- de los pacientes. En consecuencia, nacerá la responsabilidad del Estado, por falta de servicio, si éste no cumple de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos -de modo expreso o implícito- a sus órganos por el ordenamiento jurídico (comprensivo de la Constitución, los tratados, la ley, el reglamento, y los principios generales del derecho), o, simplemente, por el funcionamiento irregular del "servicio", en el caso, la asistencia a la salud de la población"

Asimismo no debe soslayarse las luchas y conflictos gremiales que se han intensificado en la última década en nuestro país. "Cabe rechazar la demanda interpuesta por una municipalidad y un hospital contra el médico que se desempeñaba en dicho nosocomio, procurando la repetición de todo lo abonado por los accionantes en el marco de un juicio por daños y perjuicios, en el que la parte actora resultó condenada por las lesiones padecidas por un menor por el retardo en la atención debida al momento del parto, a raíz de un grave conflicto gremial que afectó la prestación médica del hospital, pues las eventuales faltas que pudo haber cometido el médico demandado, quien se desempeñaba como director al momento del hecho, no deben evaluarse aisladamente sino en el marco de la huelga gremial, por lo que fueron circunstancias propias del nosocomio las que determinaron, en última instancia, la producción del perjuicio." "El GCBA debe responder por los daños que sufrieron los actores al no haber sido informados por parte del hospital municipal que su padre se encontraba internado en grave estado-falleció con posterioridad - pues existía una carga para el establecimiento de avisar a los familiares del paciente internado -por medio de sus órganos competentes- y tal omisión ha quedado comprobada, configurándose entonces el factor de atribución que el art. 1112 del Código Civil requiere, a fin de dar por configurado uno de los presupuestos de la responsabilidad. "Por aplicación de dicho criterio jurisprudencial, en las causas 'Brescia, Noemí Luján c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios' (fallo del 22-XI-1994) y 'Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Provincia de Santa Cruz' (fallo del 6-VII-1999) se pronunció respecto a la relación jurídica que se entabla entre un hospital público-paciente, señalando que: "Que, tal como lo ha decidido este tribunal en reiteradas ocasiones, quien contrae la obligación de prestar servicio -en el caso, de asistencia a la salud a la población- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare por incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; 315:1892 y 317:1921; 322:1393)". Ha expresado la Corte Suprema de la Nación: "quien contrae la obligación de prestar un servicio de asistencia a la salud lo debe hacer en

condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad” (“Fallos”, 322-1402; y sus citas, 306-2030 y 317-1921).

8.- Colofón:

A modo de conclusión, brevemente decir que la responsabilidad de los galenos se enrola en las normas generales que regulan la responsabilidad civil, claro que con connotaciones especiales respecto al ejercicio de la profesión del médico (en el caso bajo estudio: traumatólogo). Hoy en día se hace necesaria indudablemente la existencia de una medicina más humana y social, pero también hace falta reestablecer una buena interacción médico-paciente y la comprensión de que al paciente se le debe brindar información amplia y clara respecto a su estado de salud, el diagnóstico, el tratamiento y las posibles consecuencias o riesgos y pronósticos; propendiendo al equilibrio de una relación que de por sí ya es bastante desigual.

Una obra recientemente publicada del reconocido médico local Carlos Alberto Yelin hace hincapié en la “recuperación de los vínculos personales”, para recuperar una práctica cada vez más sumida en la “hiperespecialización y la tecnocracia”.

El cumplimiento de las normas y reglamentos que regulan la profesión del galeno (Ley 17.132 del ejercicio de la medicina; ley 26.529 llamada de los derechos de los pacientes, entre otras normas que denominamos deontológicas o morales) resulta de decisiva importancia.

El actuar del médico, más allá del juramento hipocrático, debe tener por norte siempre el cumplimiento de los mandatos constitucionales y los Tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía, de los cuales la salud se erige como derecho humano esencial.

El servicio de salud debe prestarse y aún garantizarse sin retaceos, sin distinción de ninguna índole, siendo el Estado y sus órganos dependientes o descentralizados, el responsable de generar las políticas, proyectos y programas idóneos y sustentables para tal fin.-

D.G.H.

BIBLIOGRAFÍA:

Delgado, J. J. L. (1993). Las reclamaciones judiciales por mala praxis médica. *Revista Española de Salud Pública*, 67(4), 315-323.

DELGADO, Juan José Llovet. Las reclamaciones judiciales por mala praxis médica. *Revista Española de Salud Pública*, 1993, vol. 67, no 4, p. 315-323.

Delgado, Juan José Llovet. "Las reclamaciones judiciales por mala praxis médica." *Revista Española de Salud Pública* 67.4 (1993): 315-323.

Bori, G., Gómez-Durán, E. L., Combalia, A., Trilla, A., Prat, A., Bruguera, M., & Arimany-Manso, J. (2016). Seguridad clínica y reclamaciones por responsabilidad profesional en Cirugía Ortopédica y Traumatología. *Revista Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología*, 60(2), 89-98.

BORI, G., et al. Seguridad clínica y reclamaciones por responsabilidad profesional en Cirugía Ortopédica y Traumatología. *Revista Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología*, 2016, vol. 60, no 2, p. 89-98.

Sanz, L. (2010). Ética médica y cirugía ortopédica y traumatología. *Trauma*, 21(Supl 1), 65-74.

SANZ, León. Ética médica y cirugía ortopédica y traumatología. *Trauma*, 2010, vol. 21, no Supl 1, p. 65-74.

Cardoso-Cita, Z., Perea-Pérez, B., Albarrán-Juan, M. E., Labajo-González, M. E., López-Durán, L., Marco-Martínez, F., & Santiago-Saéz, A. (2016). Análisis de sentencias judiciales relativas a negligencias médicas emitidas contra traumatólogos entre 1995 y 2011. *Revista Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología*, 60(1), 29-37.

Ludueña, R. (2004). Errores médicos más frecuentes en ortopedia y traumatología. *Cuadernos de Medicina Forense*, 3(2), 15-19.

Arimany-Manso, J., Benet-Travé, J., Bruguera-Cortada, M., Torné-Escasany, R., Klamburg-Pujol, J., & Gómez-Durán, E. L. (2014). Procedimientos quirúrgicos objeto de reclamación por presunto defecto de praxis. *Medicina Clínica*, 142, 47-51.

Ferreres, A. R. (2001). Aspectos medicolegales en Ortopedia y Traumatología. *Rev. Asoc. Arg. Ortop y Traumatol*, 66(3), 218-223.

Malfatti, M. (2001). El consentimiento informado en ortopedia y traumatología. *Revista de la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología. Buenos Aires, Argentina*, 2(67), 126-129.

SITIOS WEB:

<http://www.mapfre.com/>

<http://www.mscbs.gob.es>

<https://www.csjn.gov.ar>

[www.meica panamericana.com](http://www.meica.panamericana.com)

<https://www.madrid.es/>

<https://es.wikipedia.org>

<https://dle.rae.es>

WWW.comra.org.ar

<https://dle.rae.es>

[1] (*) 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. Breve Análisis Sobre la Responsabilidad Civil Médica y La Realidad Actual. 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. Acerca del Aborto, entre otras.