

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

**La omisión de confección y la historia clínica incompleta como factores de
atribución objetivos**

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA



AUTOR: Rolando F. A. PINCHETTI

CARRERA: Abogacía

AÑO: 2017

LEGAJO N°: VABG-36090

“Primum non nocere”
(Juramento hipocrático)

*A Claudia, Gianni y Marco, mi pequeña familia,
Por su aguante y ser la razón de mi esfuerzo*

*A mi papá y mi hermano Erich,
Por inculcarme el espíritu de la justicia*

*A mis Hermanos y a los amigos eternamente jóvenes de 1978,
Por estar y hacerme pensar*

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo	p. 3
Abstract	p. 4
Capítulo I: Introducción	p. 5
Capítulo II: Caracteres de las obligaciones en el CCCN y su relación con la actividad médica	p. 8
Capítulo III: Caracteres de la responsabilidad civil en el CCCN	p. 16
Capítulo IV: Contenido de la responsabilidad especial en el CCCN	p. 29
Capítulo V: La historia clínica y la Ley nacional N° 26.529	p. 36
Capítulo VI: El daño resarcible con nexo de causalidad en la historia clínica	p. 59
Capítulo VII: Conclusiones	p. 65
Referencias bibliográficas	p. 67
Abreviaturas y acrónimos	p. 76

Resumen ejecutivo

El CCCN incorpora una categoría de la responsabilidad civil especial relacionada con el ejercicio profesional, que prevé la aplicación de una responsabilidad objetiva cuando se hubiera comprometido un resultado.

El presente trabajo explora la posible configuración de una responsabilidad objetiva del profesional médico basada en el daño provocado por el incumplimiento de una obligación de resultado en los supuestos de omisión de la confección y la incompletitud de la historia clínica. Para ello se ha analizado la normativa aplicable a la historia clínica y a las obligaciones de hacer y de resultado, así como la opinión doctrinaria y jurisprudencial relativa a la responsabilidad profesional médica, particularmente aquella originada con posterioridad a la entrada en vigencia de la legislación especial relacionada con la historia clínica a través de la Ley N° 26.529.

Se concluye afirmando la posible aplicación de responsabilidad objetiva al profesional médico en diversos supuestos en los que el daño resarcible estuviera relacionado de manera directa e indirecta con el incumplimiento de la obligatoriedad de la confección y de los atributos de la historia clínica.

Palabras clave: responsabilidad civil – responsabilidad médica – responsabilidad objetiva – historia clínica – ley 26.529

Abstract

The new Civil and Commercial Code incorporates a category of special civil liability related to professional practice, which provides for the application of strict liability when a result has been compromised.

The present study explores the possible configuration of an objective responsibility of the medical professional based on the damage caused by the non-fulfillment of an obligation of result in cases of omission of the confection and incompleteness of the clinical records. For this purpose, the author analyzed the regulations applicable to the medical records and the obligations to do and those of result, as well as the doctrinal and jurisprudential opinion regarding medical professional responsibility, particularly the originated after the entry into force of the related special legislation through Law No. 26,529.

It concludes affirming the possible application of objective responsibility to the medical professional in various cases in which compensable damages were directly and indirectly related to noncompliance with the compulsory nature of the confection and the attributes of the medical record.

Keywords: civil liability - medical liability - objective liability - medical record - Law No. 26,529

Capítulo I

Introducción:

La responsabilidad civil atribuible al médico por el daño que pudiera ser provocado por el inadecuado desempeño de su actividad profesional constituye una temática de permanente actualidad y análisis en el campo del derecho de daños debido, entre otras razones, a la trascendencia social que implica el ejercicio de la medicina y las disvaliosas consecuencias que tales daños habitualmente conllevan para la salud física y el bienestar moral o espiritual de los usuarios de los sistemas de salud.

La relación médico-paciente, que es la que da origen usualmente a esa responsabilidad médica, es un vínculo complejo y dinámico que está signado por una profunda asimetría entre los sujetos que la integran y que tiene como objeto una multiplicidad y variedad de prestaciones. Considerada históricamente como una relación contractual tácita, involucra en su realización una serie de obligaciones y conductas, principales algunas y accesorias otras. Entre tales actividades profesionales médicas se ha incluido siempre y de manera unánime a la confección de la historia clínica, aun cuando no haya sido suficientemente aclarado si tal actividad constituía una obligación principal o secundaria.

La historia clínica es un documento que integra la práctica médica, que resulta inherente al conjunto de actividades obligatorias que asume el profesional al iniciar su vínculo con un paciente, por una parte, y un producto concreto –una cosa- como resultado de dicha relación, por otra. Recoge en sus asientos el registro de las actividades e intervenciones realizadas por los profesionales médicos sobre los usuarios-pacientes y permite, entre otros aspectos fundamentales, evaluar a lo largo de un determinado espacio temporal la historia de las patologías, intervenciones profesionales y otros eventos relacionados con la salud de una persona, la adecuación del diagnóstico y del tratamiento efectuados a las mismas, así como la calidad prestacional brindada y el cumplimiento de las restantes obligaciones que emanan de la praxis profesional médica.

Su importancia sanitaria y médico-legal resulta ampliamente conocida y aceptada, habiendo sido objeto de numerosos análisis tanto desde el ámbito de la

Medicina como del Derecho. Desde el campo sanitario se ha puesto énfasis principalmente en su configuración como parte integral e insoslayable de la *lex artis* médica y como principal documento de registro de la actuación profesional médica y de la relación médico-paciente. Se han especificado también algunas de sus características fundamentales, las que incluso integran algunos de los códigos de conducta profesional de los médicos argentinos.

En similar sentido se han pronunciado tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia, haciendo énfasis especialmente respecto de la importancia de la existencia de la historia clínica y de su adecuado contenido como principal herramienta probatoria, tanto de la relación entre el profesional médico y el paciente como de la responsabilidad profesional médica y su carácter instrumental respecto a la prestación de asistencia médica.

Sin embargo, hasta la sanción de la Ley nacional N° 26.529 de Derechos del Paciente (Adla 2010-A, 6, LDP), en 2009, existían en nuestro país solamente algunas normativas dispersas, mayoritariamente de tipo deontológico o de exclusiva aplicación local, que regulaban de manera parcial las características que debe reunir este documento, quedando habitualmente en manos de la jurisprudencia y la doctrina jurídicas la especificación de estos contenidos, entre otros.

Con la sanción de la norma legal citada, el legislador logró generar un marco normativo uniforme aplicable a este documento y produjo una unificación conceptual en diversos aspectos aplicables al mismo. Asimismo, se receptaron en forma expresa en la citada normativa un conjunto de características específicas que debe reunir la historia clínica y se individualizaron una serie de obligaciones a cargo de los profesionales de la salud, cuyo incumplimiento será pasible de sanciones específicas, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que además les pudiera corresponder.

Por otra parte, el actual Código Civil y Comercial de la Nación (Ley nacional N° 26.994, CCCN, Adla 2014-E, 3554), en sus prescripciones relacionadas con las responsabilidades especiales, específicamente con la responsabilidad civil derivada de la actuación de los profesionales liberales, entre los cuales se cuenta a los profesionales médicos en particular, recepta las opiniones jurisprudenciales y doctrinarias mayoritarias

vigentes en la materia al momento de su sanción y las consagra como obligaciones de hacer con responsabilidad subjetiva, excepto que se hubiera asegurado un resultado.

El presente trabajo explora la posible configuración de un factor objetivo de atribución de responsabilidad profesional médica que se generaría como consecuencia de la aplicación del articulado de la LDP, ante el daño provocado tanto por la ausencia como por la incompleta confección de la historia clínica por parte de los profesionales médicos cuyas actividades sean realizadas en forma individual, situación ésta que estaría contemplada en el CCCN como el incumplimiento (total o parcial) de una obligación de hacer e interpretada como una obligación de resultado por haberse comprometido un resultado concreto cual es el objeto de la prestación –la historia clínica- sobre el cual pesa además la titularidad del derecho de propiedad por parte del paciente, por lo que este supuesto también podría dar lugar a ser interpretado, en algún caso específico, como el posible incumplimiento de una obligación de dar.

Con este propósito, en una primera parte del trabajo se describe la actual configuración normativa y la interpretación doctrinaria prevalente en las últimas dos décadas respecto de las obligaciones de hacer y de dar, y de las obligaciones de medios y de resultados, para pasar seguidamente al análisis de los presupuestos específicos de la responsabilidad civil y, de manera pormenorizada, aquellos relacionados con la actividad de los profesionales médicos, contenidos tanto en el CCCN como en la LDP y su Decreto reglamentario.

Conjuntamente, se analizaron cuáles serían aquellos supuestos en los cuales la ausencia de confección de la historia clínica o su incompletitud pudieran acarrear un daño resarcible y la tipología del mismo así como el análisis de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales existentes respecto de las cuestiones apuntadas y su impacto en la interpretación normativa para, por último, elaborar las conclusiones que sustenten o desestimen la hipótesis elaborada.

Capítulo II

Caracteres de las obligaciones en el CCCN y su relación con la actividad médica

El CCCN elabora una teoría general de las obligaciones definiéndolas normativamente en su art. 724 como “una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”¹. Esta definición incluye en su redacción una amplia variedad de aspectos que integran la compleja relación que se produce entre un médico y las personas que acuden a él en procura de sus servicios profesionales.

A continuación, determina la norma los requisitos del objeto de las obligaciones, estableciendo que “La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor”². Quedan así expresadas en el texto legal las características que deben reunir las prestaciones que el médico pone a disposición a través de su actividad profesional.

Procede seguidamente el Código –a partir de su Capítulo 3º, Título I del Libro Tercero- a abordar y caracterizar una clasificación de las obligaciones. No se contempla normativamente una clasificación expresa de las causas de las obligaciones, la cual se desprende por vía de la interpretación del contenido de los diferentes capítulos y artículos que integran el título³, además de posibilitar continuar otorgándole -en este punto- plena aplicación a las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales en la materia previas a la entrada en vigencia de esta normativa, ya que, como afirma el propio Código en su artículo 726, “No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”⁴.

¹ Art. 724, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

² Art. 725, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

³ WIERZBA, S., 2015. Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 31

⁴ Art. 726, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

Cabe enfatizar, atendiendo a lo expresado hasta aquí, que la actividad profesional del médico constituye de esta manera una especie de obligación que cuenta con todos los elementos que conforman tal tipo de relación jurídica: sujetos, objeto, vínculo y causa.

II.a- Caracterización de las obligaciones de hacer y de dar

El actual CCCN define normativamente a las obligaciones de hacer como “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”⁵. Pizarro y Vallespinos (1999, Tomo 1, pág. 441) agregan, previamente a la sanción del nuevo Código y como una manera de completar el concepto, que “La obligación de hacer lleva implícita una idea de actividad, que genera una modificación en el estado de las cosas existentes, a través de una conducta positiva del deudor”, agregado éste coincidente con la mayor parte de la doctrina contemporánea a ese tiempo⁶⁷ y que resulta aun plenamente aplicable.

Pocas dudas puede suscitar la afirmación de que la actividad profesional médica se desarrolla usualmente a través de un hacer, que puede especificarse tanto a través de la prestación de un servicio como de la realización de un hecho, ya sea de manera separada o conjunta. Esta es la clase de obligaciones que la caracteriza en mayor medida y aquella a la cual debe sujetarse, en la terminología utilizada por el CCCN en su artículo 1768.

Explicita en forma particular el CCCN, respecto de aquellas obligaciones de hacer cuyo objeto sea la prestación de un servicio, que la misma

Puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito (...); b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido.⁸

Finaliza el artículo 774 con una específica remisión a las obligaciones de dar, al expresar que “Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su

⁵ Art. 773, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

⁶ Alterini, A., Ameal, O., López Cabana, R., 1996, Derecho de obligaciones, Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 480

⁷ Llambías, J., Raffo Benegas, P., Sassot, R., 1997, Manual de Derecho Civil Obligaciones, Undécima Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, p. 275

⁸ Art. 774, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales”⁹.

Finalmente, en cuanto a aquellas obligaciones de hacer que incorporan como objeto de la prestación a la realización de un hecho, el Código prescribe en su artículo 775 que “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”¹⁰.

Como resumen, puede afirmarse que las obligaciones de hacer tienen como su objeto principal a la prestación de un servicio o la realización de un hecho; en suma, la prestación debida se obtiene mediante la promesa de realización de un plan de conducta por parte del deudor-obligado, el cual incluye el despliegue de una actividad que consigue satisfacer el interés del acreedor; puede agregarse, de manera particularmente aplicable para el caso del presente trabajo y siguiendo a S. Wierzba (2015, p.206), que “en este tipo de obligaciones la persona del deudor tiene especial relevancia, hallándose condicionados sus alcances por las posibilidades y habilidades de éste”¹¹. En similar sentido se manifiesta Lorenzetti (2009), quien sostiene que “gravitan como regla las condiciones personales internas en la valuación de los medios a aportar”¹².

A partir de lo previamente analizado, podría adelantarse como conclusión obligada que cuando el CCCN establece, en el primer párrafo de su artículo 1768, que “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer”¹³, esas reglas a las cuales hace remisión expresa la norma se refieren específicamente a los diversos modos en que puede concretarse la obligación principal que integra la actividad del profesional médico, sea a través de la prestación de un servicio o la realización de un hecho, así como también al contenido específico que integra la conducta prestacional en cada uno de tales modos.

⁹ Ídem anterior

¹⁰ Art. 775, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

¹¹ Wierzba, S., 2015, Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 206

¹² Lorenzetti, R. (2009), Notas para una teoría de las obligaciones de hacer [Versión electrónica] LA LEY1991-C, 878 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2009, 261

¹³ Art. 1768, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

Particularmente corresponde detenerse en las modalidades que pueden presentarse al momento de prestar un servicio, recordando que las mismas pueden ser:

- a) realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito;
- b) procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; y
- c) procurar al acreedor el resultado eficaz prometido.

En el análisis de las referidas modalidades o reglas se ha interpretado por parte de la doctrina, tal como lo analizaremos más adelante, que se halla implícita la recepción en el CCCN de la categoría de obligaciones denominadas de medios y de resultados.

No menos importante es tomar en consideración la expresa remisión que el art. 774 del CCCN hace a las obligaciones de dar, cuando en su último párrafo determina que “Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.”¹⁴, con lo cual se admite expresamente que el resultado de la conducta prometida del obligado-deudor a través de la prestación de un servicio puede ser, en algunos supuestos, una cosa cierta, identificable y determinada, para cuya tradición y entrega, cuando así correspondiera, deberán seguirse las normas aplicables a esa categoría específica de obligaciones.

En similar sentido, respecto de la calificación contractual, corresponde recordar lo normado en el artículo 1252 del CCCN, cuyo texto remite a la diferenciación entre contratos de servicios y contratos de obra, que se funda en las modalidades de las obligaciones de hacer contempladas en el artículo 774.

Al contrario de lo expresado anteriormente, en relación ya con las obligaciones de dar, el actual Código omite elaborar una definición normativa de estas últimas, limitándose en dicho acápite a regular sus efectos así como la entrega de la cosa, para pasar acto seguido a dedicarse con especificidad a las distintas clases de estas obligaciones, iniciando por aquellas cuyo objeto sea dar una cosa cierta para constituir derechos reales.

¹⁴ Art. 774, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

El objeto específico de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales es la cosa en sí misma, es decir, un bien material determinado en su individualidad, obligación en la cual -al decir de Pizarro y Vallespinos (1999, Tomo 1, pág. 286)- “El deudor sólo cumple la prestación entregando ese objeto y no otro”. Este concepto de la cosa cierta es plenamente aplicable a la definición normativa que la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6) efectúa respecto de la historia clínica¹⁵ y que integra parte del objeto debido de la prestación profesional médica.

Resulta imprescindible establecer aquí una adecuada distinción entre las obligaciones de hacer y las de dar, ya que en múltiples situaciones sus objetos pueden ser motivo de confusión. En tal sentido, una doctrina ha señalado que:

La prestación en las obligaciones de hacer y en las de dar consiste en la realización de una actividad. No obstante esa similitud, presentan diferencias perceptibles. En las primeras, su objeto recae sustancialmente sobre la actividad misma; en tanto que en las restantes, sobre la entrega de la cosa. La actividad, es decir, la conducta comprometida, puede incluir la entrega de una cosa, sin perder el carácter de obligación de hacer. (...). En las obligaciones de dar, la persona del deudor es indiferente para el acreedor. En cambio, en las obligaciones de hacer la persona del deudor puede revestir relevancia para el acreedor¹⁶.

El último párrafo de la cita efectuada *supra* es también plenamente coincidente en admitir la importancia que reviste el propio obligado-deudor en la realización específica del plan o conducta prestacional debida, concepto éste que resulta particularmente trascendente en lo que hace a la persona del profesional médico y a la generación de los supuestos de responsabilidad en los que puede verse incluido, ya que no podría admitirse más que en forma sumamente restrictiva la incorporación de terceros en los supuestos de incumplimiento obligacional.

¹⁵ Artículo 12, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

¹⁶ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Tomo 3, p. 65.

II.b- Caracterización de las obligaciones de medios y de resultados

Originada en una construcción doctrinaria y jurisprudencial de larga data¹⁷¹⁸¹⁹²⁰, esta clasificación fue histórica y fundamentalmente aplicada a las obligaciones nacidas mayormente de una causa contractual, y la delimitación de los específicos contornos de cada una de ellas ha originado múltiples interpretaciones, particularmente en todo lo relacionado con el tipo y alcances de la prueba de su incumplimiento.

Esta clasificación de las obligaciones es también la que con mayor frecuencia la doctrina y la jurisprudencia han asociado con la responsabilidad originada en el quehacer profesional, particularmente el desarrollado por las profesiones proveedoras de servicios como la medicina. Intervienen en su delimitación conceptual tanto el interés de las partes como el contenido de la prestación. Consideradas desde esta óptica, podrían ser interpretadas incluso como una subclasificación de las obligaciones de hacer.

Obligaciones de medios, entonces, son aquellas en las cuales el obligado-deudor se compromete de manera principal a la realización de un plan prestacional que incluye específicamente la realización de una actividad, a través del despliegue de una cierta conducta que debe ser efectuada con una profesionalidad y diligencia tales que permitan orientarse a obtener un resultado, destinado este último a la satisfacción del interés del acreedor, aun cuando tal resultado esperado no se logre o que, a pesar de haberse logrado, el mismo no sea eficaz. El obligado no se compromete ni a la consecución del resultado ni a su eficacia, ya que tales efectos habitualmente no dependen exclusivamente de su conducta prestacional.

En las obligaciones de resultado, en cambio, el compromiso principal asumido por el obligado-deudor es el de obtener un resultado objetivo, concreto y usualmente eficaz, a través del desarrollo de cierta actividad; ese resultado específico es el único que satisface

¹⁷ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 215

Alterini, A., Ameal, O., López Cabana, R., (1996); Derecho de obligaciones, Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot ¹⁸, pp. 501, 502

¹⁹ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 197

²⁰ Llambías, J., Raffo Benegas, P., Sassot, R., (1997), Manual de Derecho Civil Obligaciones, (Undécima Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, p. 70

adecuadamente el interés del acreedor y su no obtención implica el incumplimiento de la obligación.

El primer interés práctico de esta clasificación estriba, como ya fuera expresado anteriormente, en el hecho de su histórica asociación doctrinaria y jurisprudencial con la responsabilidad originada por el ejercicio de las profesiones liberales, particularmente la medicina. Tal asociación se deriva particularmente de la concepción, también doctrinaria y jurisprudencial, de la fuente habitualmente contractual²¹ de los servicios prestados por los médicos.

En tal sentido, se acepta que el médico se compromete usualmente a brindar un servicio, entendido como un hacer, que implica el desarrollo de una actividad con la diligencia, previsión y capacitación profesional suficientes para tratar de obtener un resultado (alivio, curación), aun cuando el mismo pudiera no lograrse; vale decir, se configura una obligación de medios²²²³. La excepción a esta concepción se produciría cuando el médico se hubiera comprometido a lograr un resultado específico (obligación de resultados), situación ésta que quedaría limitada a ciertos supuestos. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de poder admitir la existencia conjunta o concurrente de prestaciones principales y accesorias de ambos tipos dentro del mismo plan de conducta.

Resulta asimismo fundamental esta clasificación por cuanto, en el marco del actual CCCN y en relación con la responsabilidad profesional médica, se asocia específicamente a las obligaciones de medios con la aplicación de los factores de atribución subjetivos, en tanto que las obligaciones de resultado se asimilan con la atribución de factores objetivos, determinándose así una responsabilidad profesional subjetiva y otra objetiva, concepción ésta que cierta doctrina considera receptada específicamente a través del artículo 1723²⁴²⁵²⁶.

²¹ Vázquez Ferreyra, R., La responsabilidad civil de los médicos, [Versión electrónica], recuperada el 15/07/2017 de <http://www.sideme.org/doctrina/>

²² Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY2015-F, 632 – Cita online AR/DOC/3755/2015

²³ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. , p. 581

²⁴ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 217

Finalmente, la importancia de esta clasificación se manifiesta en que diversa doctrina afirma su recepción expresa o cuando menos implícita en el actual CCCN²⁷²⁸²⁹³⁰³¹ a través del contenido del artículo 774, estableciéndose en el mismo una suerte de frontera entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva. El contenido del artículo referido, tal como se expresara anteriormente, determina las reglas a las cuales debe sujetarse la actividad del profesional liberal, según el artículo 1768, y establece los modos en que dicha actividad puede prestarse. En tal sentido, se ha afirmado doctrinariamente que el inciso a) del artículo referido (art. 774, CCCN) alude expresamente a la responsabilidad subjetiva o de medios, y que los incisos b) y c) lo hacen respecto de la responsabilidad objetiva o de resultados, a través de la interpretación de la distinta conducta prestacional debida que debe ser asumida por el profesional que provee el servicio.

Existe también alguna doctrina que no acepta la recepción normativa en el nuevo Código de esta clase de obligaciones, por no hallarse la misma contemplada específicamente en la clasificación de las obligaciones que contiene el texto legal, pero aun así proclama que se hace referencia a las mismas por vía de la interpretación de la conducta debida del obligado y del interés del acreedor que resultan del contenido de los incisos del artículo 774 apuntados en el párrafo precedente.³²

²⁵ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., (2015); Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Tomo 3, p. 66.

²⁶ Vázquez Ferreyra, R. (2015), Las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCCyC 2015 (octubre), 19/10/2015, 146. Cita online AR/DOC/3080/2015

²⁷ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 217

²⁸ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., (2015); Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 3, p. 65.

²⁹ Vázquez Ferreyra, R. (2015), Las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCCyC 2015 (octubre), 19/10/2015, 146. Cita online AR/DOC/3080/2015

³⁰ Calvo Costa, C. (2016), La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba [Versión electrónica]. RCyS2016-XII, 5. Cita Online: AR/DOC/3463/2016

³¹ Ossola, F. (2016), Responsabilidad por incumplimiento obligacional en el nuevo Código. Las bases de la teoría general [Versión electrónica]. RCyS2016-IX, 5, Cita online AR/DOC/2239/2016

³² Martínez, J. (2016), La responsabilidad civil de los profesionales liberales [Versión electrónica]. RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016, 123 - RCyS2016-VIII, 37, Cita online AR/DOC/575/2016

Capítulo III:

Caracteres de la responsabilidad civil en el CCCN

Se puede definir la responsabilidad civil como “la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro” (Pizarro y Vallespinos, 1999, Tomo II, p. 449)³³. Para que se configure la misma, se admite mayoritaria y pacíficamente que se precisa de la conjunción necesaria de 4 presupuestos que han recibido denominaciones diversas según el autor que se consulte, pero que pueden prácticamente identificarse –empleando la misma terminología utilizada en el nuevo CCCN- como: a) daño, b) antijuridicidad, c) nexo de causalidad y d) factor de atribución³⁴³⁵³⁶³⁷.

La responsabilidad civil se halla regulada en el CCCN en su Libro Tercero (Derechos Personales), Título V denominado “Otras fuentes de las obligaciones”. Es éste, según opinión calificada, uno de los campos en los cuales el actual Código ha sufrido modificaciones innovadoras fundamentales respecto del derogado Código de Vélez, las que en muchos casos formalizaron normativamente la expresa recepción –en palabras de Vázquez Ferreyra (2015)- de “instituciones o categorías que desde la doctrina y la jurisprudencia se venían aplicando desde hace años”³⁸; entre ellas pueden mencionarse, a título meramente ejemplificativo: la regulación de las funciones de la responsabilidad civil, la regulación conjunta de los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, la unificación de los plazos de prescripción, la extensión del resarcimiento, la incorporación de las responsabilidades especiales, etc.³⁹⁴⁰⁴¹.

³³ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 449

³⁴ Llambías, J., Raffo Benegas, P., Sassot, R., (1997), *Manual de Derecho Civil Obligaciones*, (Undécima Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, p. 574

³⁵ Alterini, Atilio; Ameal, Oscar; López Cabana, Roberto, *Derecho de obligaciones*, Reimpresión – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996 – p. 158

³⁶ Pizarro, Ramón; Vallespinos, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, tomo II, Reimpresión - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1999 – p. 476/477

³⁷ Rueda, A. (2016), *Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, p. 20.

³⁸ Vázquez Ferreyra, R. (2015), *La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código* [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

³⁹ Vázquez Ferreyra, R. (2015), *La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código* [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

Se analizarán en este acápite aquellas normas del CCCN relacionadas con la responsabilidad civil en general y el impacto de su interpretación y aplicación en relación con la prestación de servicios por parte de los profesionales médicos. Para ello se abordarán algunas cuestiones generales y aquellas específicas relacionadas con los presupuestos para su configuración.

La primera mención de particular importancia está referida a la consagración normativa de los principios de prevalencia de la ley especial sobre la general y de las normas indisponibles sobre las supletorias en el artículo 1709⁴², cuyo contenido incorpora una pauta expresa de prelación normativa a los fines interpretativos y de aplicación, en la cual se establece que,

En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a. las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b. la autonomía de la voluntad; c. las normas supletorias de la ley especial; d. las normas supletorias de este Código⁴³.

Esta regla de prelación normativa permite colegir que, en el supuesto particular de la hipótesis analizada en este trabajo, cabe considerar específicamente a la LDP (Adla 2010-A, 6) como una ley especial, particularmente desde la entrada en vigencia del nuevo CCCN, atendiendo a que se autodefine normativamente como de orden público⁴⁴ y que contiene en su articulado una serie de normas indisponibles y específicas, generadoras de responsabilidad, las que resultarán de aplicación concurrente con la normativa indisponible del CCCN⁴⁵.

⁴⁰ Viale, R. (2015), Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [Versión electrónica]. LLLitoral 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita online AR/DOC/2914/2015

⁴¹ Vázquez Ferreyra, R. (2015), Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 14/10/2015, 1 - LA LEY2015-E, 1155. Cita online: AR/DOC/3475/2015

⁴² Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., (2015); Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 415.

⁴³ Art. 1709, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

⁴⁴ Artículo 23, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

⁴⁵ Calvo Costa, Carlos A. (2015), La responsabilidad civil médica ante el nuevo Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCyS2015-II, Tapa. Cita Online: AR/DOC/126/2015.

No menos importante resulta la incorporación normativa del deber general de no dañar, de raigambre constitucional según la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallo “Santa Coloma”⁴⁶) y fundado en el art. 19 de la Constitución Nacional (CN), así como del deber genérico de prevención del daño, ambos incorporados a través del artículo 1710⁴⁷⁴⁸, cuya redacción añade específicas obligaciones y contenido normativo a conductas como la prudencia, diligencia, privacidad y el principio de beneficencia, que se consideran connaturales al ejercicio de la profesión médica⁴⁹⁵⁰, principios estos que, a su vez, se ven reflejados en el principio de no maleficencia que se halla incluido de forma implícita o explícita en los códigos deontológicos de la profesión médica⁵¹⁵²⁵³.

Seguidamente, el CCCN consagra -en su artículo 1716- que tanto el incumplimiento obligacional como la violación del deber de no dañar a otro dan lugar al deber de reparar el daño causado en las condiciones establecidas por el Código. De acuerdo con las opiniones doctrinarias surgidas luego de su entrada en vigor, en este artículo del Código se introduce la innovación referida al tratamiento unificado del resarcimiento en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual⁵⁴⁵⁵⁵⁶. Además, se refuerza el deber genérico de no dañar.

⁴⁶ CSJN, "Santa Coloma, Luis v. FF.AA.", 5/8/1986, Fallos 308:1160.

⁴⁷ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Tomo 4, p. 416.

⁴⁸ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 267

⁴⁹ Rueda, A. (2016), Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, p. 22

⁵⁰ Bustamante Alsina, J. (1997), Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 656

⁵¹ Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (COMRA), Capítulo II, pág.9 – recuperado el 28/03/2017 del sitio <http://www.comra.org.ar/institucional/codigo-de-etica>

⁵² Hurtado Hoyo, Elías [et.al.] - Código de ética para el equipo de salud: con la colaboración de la Sociedad de Ética en Medicina - 2a ed. – art. 11, p. 40 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación Médica Argentina, 2012

⁵³ Rueda, A. (2016), Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, p. 9

⁵⁴ Vázquez Ferreyra, R. (2015), La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

Resulta imprescindible señalar que en el texto del artículo referido no se elabora distingo alguno sobre la causa fuente de la obligación incumplida, con lo cual corresponde entender:

1º) acorde al artículo 727, que tal obligación: a) se deriva de un hecho idóneo para producirla y b) ese hecho idóneo debe serlo de conformidad con el ordenamiento jurídico, requisitos con los cuales se alude a la idoneidad y la licitud de la causa⁵⁷;

2º) pueden seguir considerándose como incluidas -con variantes diversas- todas las causas fuente de las obligaciones que han sido históricamente analizadas por diversos autores, entre otras: el contrato, la declaración unilateral de voluntad, la equidad, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la ley⁵⁸⁵⁹⁶⁰ y

3º) cualquier incumplimiento obligacional es generador del deber de reparar aquel daño originado con causa adecuada en el mismo.

Así, resultan incorporados en la normativa todos los posibles y habituales supuestos de causa fuente relacionados con la actividad médica, particularmente la contractual y la legal. Resulta innovadora, a juicio de alguna doctrina, la incorporación expresa en el nuevo Código de la propia responsabilidad civil como fuente nominada de obligaciones⁶¹.

En relación específica con los presupuestos para la configuración de la responsabilidad civil:

A) Daño:

⁵⁵ Viale, R. (2015), Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [Versión electrónica]. LLLitoral 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita online AR/DOC/2914/2015

⁵⁶ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 423.

⁵⁷ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 3, p. 6.

⁵⁸ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 164

⁵⁹ Llambías, J., Raffo Benegas, P., Sassot, R., (1997), Manual de Derecho Civil Obligaciones, (Undécima Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot p. 24

⁶⁰ Alterini, A., Ameal, O., López Cabana, R., (1996); Derecho de obligaciones, Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 61, 62

⁶¹ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 31

El daño que configura responsabilidad y al cual se refiere el CCCN es el daño jurídico o resarcible, vale decir aquel que ha producido un menoscabo⁶² o perjuicio sobre derechos o intereses lícitos –tanto patrimoniales como extra patrimoniales-, en determinada extensión, y que precisa –de acuerdo con el ordenamiento jurídico- ser indemnizado o reparado. Se lo define normativamente en el art. 1737 como una lesión a “un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”⁶³.

Para adquirir la calidad de indemnizable, el Código señala los requisitos que debe reunir el daño: debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente⁶⁴. Algunos autores agregan que el mismo debe derivarse de la lesión a un interés lícito del damnificado⁶⁵.

1) El perjuicio directo o indirecto hace referencia a que el daño debe ser personal, es decir, que quien puede reclamar su indemnización es exclusivamente quien ha sufrido el menoscabo, ya sea de manera directa (la propia víctima del daño) o indirecta (otra persona que padece las consecuencias del daño ocasionado a la víctima)⁶⁷. También esta expresión, en una acepción objetiva, refiere a una clasificación del daño, según que el perjuicio o menoscabo sufrido en un derecho o interés lícito haya sido producido por el agente causal en forma directa o indirecta⁷⁰.

2) El daño actual es aquel cuyas consecuencias ya se han producido al momento de la indemnización; el daño futuro es aquel cuyas consecuencias aún no se han

⁶² Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Novena Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 169

⁶³ Art. 1737, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

⁶⁴ Art. 1739, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

⁶⁵ Vázquez Ferreyra, R. (2015), Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 14/10/2015, 1 - LA LEY2015-E, 1155. Cita online: AR/DOC/3475/2015

⁶⁶ Bustamante Alsina, J. (1997), Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 170

⁶⁷ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 654

⁶⁸ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 274

⁶⁹ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 456.

⁷⁰ Bustamante Alsina, J. (1997), Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 177

producido o no han terminado de producirse, pero sobre cuya aparición existe un alto grado de probabilidad objetiva⁷¹⁷².

3) Por daño cierto debe entenderse aquel que es de existencia real, aunque fuera futuro, comprobable, no hipotético ni eventual⁷³⁷⁴⁷⁵⁷⁶.

4) El requisito de subsistencia del daño alude a que no debe haber existido reparación comprobable del mismo al momento de sentenciar⁷⁷⁷⁸.

El daño puede producirse tanto sobre un sobre un derecho como sobre un interés lícito, ya sea de la persona, de su patrimonio o de un derecho de incidencia colectiva; estos diferentes supuestos componen normativamente, acorde al artículo 1737 del CCCN, el objeto del daño, cuyos contenidos determinan a su vez la diferente naturaleza jurídica de las consecuencias del daño que resultarán indemnizables: patrimoniales y extrapatrimoniales (morales).

En este sentido, resulta necesario destacar que, en virtud de la constitucionalización del derecho privado producida por la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y el reconocimiento de la jerarquía constitucional y superior a las leyes del derecho a la salud, a través de los artículos 42 y 43 y de los Tratados internacionales incorporados por vía del artículo 75 inc. 22⁷⁹⁸⁰⁸¹⁸² de la CN, la lesión al mismo quedaría

⁷¹ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 649

⁷² Wierzba, S. (2015), *Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 276

⁷³ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 649

⁷⁴ Wierzba, S. (2015), *Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 276

⁷⁵ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., (2015); *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 455.

⁷⁶ Bustamante Alsina, J. (1997), *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 170

⁷⁷ Wierzba, S. (2015), *Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 276

⁷⁸ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, *Código civil y comercial de la Nación comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 455.

⁷⁹ Viale, R. (2015), *Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [Versión electrónica]. *LLLitoral* 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita online AR/DOC/2914/2015

⁸⁰ Wierzba, S. (2015), *La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial* [Versión electrónica]. *RCyS 2015-IX*, 5. Cita Online: AR/DOC/2759/2015

configurada como un supuesto de daño personal con consecuencias tanto patrimoniales como extrapatrimoniales⁸³. Esta apreciación se refuerza a través del propio articulado del CCCN que, en su artículo 1738, establece que la indemnización “Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”⁸⁴.

Por último, resulta de importancia hacer referencia al reconocimiento expreso efectuado en los artículos 1738 y 1739 del nuevo Código a la pérdida de chance como un tipo de daño con consecuencias indemnizables. Siguiendo a Pizarro y Vallespinos (1999, Tomo II, p. 650), cabe identificar al mismo como aquel que ocurre “cuando se frustra una oportunidad de obtener un beneficio, o de evitar un menoscabo de índole patrimonial o espiritual”. En similar sentido, podría ser entendido como “la privación de la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe” (Wierzba, 2015, p. 281). Esta pérdida de chance resulta un concepto de aplicación insoslayable en el momento de hacer referencia a los supuestos de responsabilidad y al tipo de daño que podrían configurarse en el ejercicio de la actividad médica⁸⁵⁸⁶⁸⁷, particularmente en relación con la hipótesis de este trabajo.

B) Antijuridicidad

El actual Código hace referencia expresa a la antijuridicidad, definiéndola en su artículo 1717 como cualquier acción u omisión no justificada que cause un daño⁸⁸. En su redacción se acepta la incorporación de una regla de atipicidad del ilícito a través de la

⁸¹ Garay, O. (2013), El Derecho a la Salud y la Legislación Sanitaria [Versión electrónica]. LA LEY2013-B, 731. Cita online: AR/DOC/749/2013

⁸² Messina de Estrella Gutiérrez, G. (2011), Todos somos pacientes [Versión electrónica]. LA LEY 03/05/2011, 1 - LA LEY2011-C, 683. Cita Online: AR/DOC/1209/2011

⁸³ Rueda, A. (2016), Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, p. 12

⁸⁴ Art. 1738, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

⁸⁵ Vázquez Ferreyra, R. (2015), La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

⁸⁶ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 379

⁸⁷ Wierzba, S. (2015), La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCyS 2015-IX, 5. Cita Online: AR/DOC/2759/2015

⁸⁸ Art. 1717, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

determinación de una antijuridicidad material y objetiva⁸⁹⁹⁰, con específicos matices de antijuridicidad formal en aquellos supuestos relacionados con la función preventiva y con el incumplimiento obligacional⁹¹.

Tanto una acción como una omisión pueden ser conductas antijurídicas. Esto plantea concretamente la necesidad, en el caso de la responsabilidad médica, de la producción de un daño por medio del despliegue de una conducta comisiva u omisiva contraria a derecho, ilícita, desarrollada a través del quehacer profesional, el cual usualmente implica una serie de cuestiones explícitamente reguladas o prohibidas, tanto por el derecho positivo como por las normas deontológicas⁹², con lo cual esta responsabilidad participa –habitualmente– de la antijuridicidad formal.

La ilicitud, en el campo que involucra las conductas del profesional médico, aparece tanto en la actuación contraria a lo pactado como en su incumplimiento, en la infracción a lo dispuesto en una norma específica o de carácter general, así como ante el incumplimiento de deberes de conducta y la violación genérica del principio de no dañar en forma injustificada⁹³. En resumen, puede afirmarse que todo acto u omisión que cause un daño será antijurídico (ilícito) excepto que se halle expresamente justificado.

C) Nexos de causalidad:

Es el vínculo directo entre el daño producido y el hecho antecedente que le dio origen⁹⁴. El CCCN ha adoptado expresamente la teoría de la causalidad adecuada a través del artículo 1726, para determinar el nexo entre la conducta (comisiva u omisiva) del agente productor y el daño por él producido, permitiendo así la determinación de la autoría. Implica la realización de un juicio de previsibilidad en abstracto que permita

⁸⁹ Calvo Costa, C. (2016), La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba [Versión electrónica]. RCyS2016-XII, 5. Cita Online: AR/DOC/3463/2016

⁹⁰ Fumarola, L. (2015), Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCyS2015-IV, 211. Cita Online: AR/DOC/934/2015

⁹¹ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Tomo 4, p. 426.

⁹² Vázquez Ferreyra, R. (2015), La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

⁹³ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 303.

⁹⁴ Bustamante Alsina, J. (1997), Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 267

establecer si, acorde con el curso normal y ordinario de las cosas, un perjuicio determinado resulta atribuible a un incumplimiento u obrar antijurídico determinado⁹⁵⁹⁶, relación ésta que debe ser además suficientemente comprobada⁹⁷.

Asimismo, permite vincular al hecho dañoso con aquellas consecuencias del mismo que serán indemnizables, en la medida de la idoneidad del mismo para producir el daño y la previsibilidad de la concreción de este último, siguiendo la pauta expresa de extensión del resarcimiento que está determinada en el mismo artículo (consecuencias inmediatas y mediatas, salvo disposición legal en contrario)⁹⁸, cuya redacción también refleja –según ya fuera expresado– el tratamiento unificado que aplica el nuevo Código tanto al incumplimiento obligacional como a la violación genérica del deber de no dañar.

D) Factores de atribución

Pueden ser conceptualizados como aquellos criterios o valoraciones que el ordenamiento jurídico utiliza para justificar la atribución o imputación a un agente determinado del deber de reparar el daño ocasionado, ya sea por el incumplimiento obligacional o la violación al deber de no dañar. Establecen una conexión indirecta con el nexo de causalidad y el daño ocasionado. Son la razón jurídica de la atribución de responsabilidad civil⁹⁹¹⁰⁰¹⁰¹.

El CCCN reconoce explícitamente su existencia y los clasifica en objetivos y subjetivos, acorde al artículo 1721¹⁰²¹⁰³. El mismo artículo también explicita que, en caso

⁹⁵ Bustamante Alsina, J. (1997), *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 270

⁹⁶ Wierzba, S. (2015), *Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 315.

⁹⁷ Conf. CSJN, en autos “Moya de Murúa, Julia Victoria v. Goldstein, Carlos Alberto y otros”, 1992, Fallos 315:2397. Cita Online: 04_315V3T029

⁹⁸ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, *Código civil y comercial de la Nación comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Tomo 4, pp. 437 - 438.

⁹⁹ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, *Código civil y comercial de la Nación comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 432.

¹⁰⁰ Wierzba, S. (2015), *Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 322.

¹⁰¹ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 575.

¹⁰² Art. 1721, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ley Nº 26.994

¹⁰³ Vázquez Ferreyra, R. (2015), *La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código* [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

de ausencia de normativa, el factor de atribución será la culpa. No se reconoce normativamente la preeminencia cualitativa de un tipo de factor u otro¹⁰⁴.

La diferencia fundamental entre ambas categorías se basa en la valoración y subsecuente reproche de la conducta desplegada o esperable del responsable del daño, para el caso de los subjetivos, y en la valoración de la presencia o ausencia de diversos parámetros externos o ajenos a la conducta subjetiva, para el caso de los objetivos¹⁰⁵¹⁰⁶.

Los factores subjetivos de atribución son la culpa y el dolo, ambos normativamente reconocidos en el artículo 1724. En el mismo también se elabora la definición de ambos conceptos, a saber:

La culpa es la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.¹⁰⁷

Resulta suficientemente clara la redacción para comprender, en lo que atañe a la culpa, que se hallan contempladas en su definición la mayoría de las conductas relacionadas con el quehacer profesional médico que son habitualmente generadoras de responsabilidad civil, particularmente en sus tipologías de negligencia, impericia e imprudencia a las cuales puede agregarse, según algunos autores, el error y la omisión¹⁰⁸¹⁰⁹. Resultará aplicable particularmente, en la valoración de la conducta del médico, el contenido del artículo 1725, que elabora una pauta específica respecto de la experticia esperable de su actividad¹¹⁰ y la especial confianza que habitualmente impera

¹⁰⁴ Fumarola, L. (2015), Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCyS2015-IV, 211. Cita Online: AR/DOC/934/2015

¹⁰⁵ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 432.

¹⁰⁶ Vázquez Ferreyra, R. (2016), Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY 15/06/2016, 1 - LA LEY2016-C, 1238. Cita online AR/DOC/1664/2016

¹⁰⁷ Art. 1724, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

¹⁰⁸ Rueda, A. (2016), Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, p. 22

¹⁰⁹ Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY2015-F, 632 – Cita online AR/DOC/3755/2015

¹¹⁰ Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY2015-F, 632 – Cita online AR/DOC/3755/2015

en la relación médico-paciente. Para su configuración se requerirá ineludiblemente de voluntariedad en el accionar (imputabilidad). La culpa funcionará también como factor residual de atribución en aquellos casos en los que no exista una norma específica que atribuya responsabilidad por un factor objetivo¹¹¹¹¹².

Los factores de atribución objetivos se configuran, según el contenido del artículo 1722 del CCCN “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”¹¹³. No se agrupan en el texto del CCCN aquellos supuestos que pudieran constituir un factor de atribución objetivo aplicable a la responsabilidad profesional, los cuales se encuentran dispersos a lo largo del cuerpo legal citado y surgen, además, de la interpretación de múltiples normas y según el supuesto analizado.

El contenido específico de estos factores de atribución proviene usualmente tanto de la propia ley, entendida en sentido amplio, como de la construcción doctrinaria y jurisprudencial, que utiliza para ello criterios o parámetros diversos, todos ellos ajenos a la valoración de la conducta del agente, entre los que pueden mencionarse el riesgo creado, la garantía, el deber de seguridad, la equidad, entre otros¹¹⁴¹¹⁵¹¹⁶¹¹⁷¹¹⁸.

El CCCN contiene diversos supuestos de responsabilidad objetiva a lo largo del capítulo dedicado a la responsabilidad civil; resulta preciso destacar particularmente, en lo que denomina “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas

¹¹¹ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, pp. 432 - 433.

¹¹² Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 322.

¹¹³ Art. 1722, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

¹¹⁴ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 433

¹¹⁵ Bustamante Alsina, J. (1997), Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 326, 382

¹¹⁶ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 323.

¹¹⁷ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 575.

¹¹⁸ Vázquez Ferreyra, R. (2015), Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 14/10/2015, 1 - LA LEY2015-E, 1155. Cita online: AR/DOC/3475/2015

actividades”, al artículo 1757, cuyo contenido se halla directamente relacionado también con la actividad profesional médica y que prescribe:¹¹⁹

Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

En este sentido, según alguna opinión doctrinaria, se mantienen las concepciones interpretativas sostenidas por la CSJN en relación con las definiciones conceptuales de riesgo, vicio y actividad riesgosa¹²⁰. Para todo aquello que está más directamente relacionado con la responsabilidad objetiva de los profesionales, corresponde entender al vicio de la cosa como “un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal”¹²¹.

Particularmente corresponde resaltar que el incumplimiento de una obligación o contrato en los que se haya previsto la obtención de un resultado determinado genera una responsabilidad objetiva en el deudor, es decir, una responsabilidad fundada en un factor objetivo de atribución, a tenor del contenido del artículo 1723 del CCCN, factor éste que se identifica con la garantía¹²². Vale reiterar, como fuera expresado oportunamente, que es en el contenido de este artículo en combinación con el del artículo 774, que se ha elaborado doctrinariamente la recepción normativa implícita de las obligaciones de medios y de resultados¹²³.

Ambos tipos de factores de atribución determinan, respectivamente, la distinción de dos formas de responsabilidad: subjetiva y objetiva. La primera, usualmente asociada con las obligaciones de medios y, por ello, con los deberes de conducta (diligencia, pericia, prudencia, conocimiento, etc.) y la segunda, objetiva, receptada expresamente a través del artículo 1723 y con los incisos b) y c) del artículo 774, relacionada con las

¹¹⁹ Art. 1757, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

¹²⁰ Lorenzetti, R. (2015), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, tomo VIII, p. 581

¹²¹ CSJN, 19-11-91, “O’Mill, Alan c/Prov. del Neuquén, J.A. 1992-ii-153 y Fallos: 314:1512

¹²² Vázquez Ferreyra, R. (2015), Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 14/10/2015, 1 - LA LEY2015-E, 1155. Cita online: AR/DOC/3475/2015

¹²³ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., (2015); Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 434.

obligaciones de resultado¹²⁴¹²⁵¹²⁶. Ambos tipos de responsabilidad se encuentran también directamente relacionados con la órbita de la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional (total o parcial) en la que encuentran cabida la mayor parte de las actividades desarrolladas por los médicos que podrían configurar supuestos del deber de responder, aun cuando, como se analizará posteriormente, el CCCN le otorgue cierta prevalencia a la responsabilidad subjetiva en este rubro.

Corresponde acentuar el concepto, que surge de la normativa, respecto de que ambos tipos de responsabilidad no son mutuamente excluyentes y que pueden coexistir en un mismo supuesto, ante la existencia simultánea -en una misma conducta prestacional- de obligaciones principales y accesorias, unas de medios y otras de resultado¹²⁷, cuyo incumplimiento genere el deber de responder y para ello se requiera de la aplicación conjunta de factores subjetivos y objetivos.

¹²⁴ Bueres, A. (2013), Responsabilidad contractual objetiva [Versión electrónica]. RCyS2013-XI, 257. Cita online AR/DOC/3915/2013

¹²⁵ Lorenzetti, R. (2015), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, tomo VIII, p. 632

¹²⁶ Calvo Costa, C. (2016), La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba [Versión electrónica]. RCyS2016-XII, 5. Cita Online: AR/DOC/3463/2016

¹²⁷ Calvo Costa, C. (2016), La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba [Versión electrónica]. RCyS2016-XII, 5. Cita Online: AR/DOC/3463/2016

Capítulo IV:

Contenido de la responsabilidad especial en el CCCN

El CCCN ha procurado la adaptación del derecho privado al derecho constitucional¹²⁸ e incorpora en su articulado ciertos principios constitucionales fundamentales y relacionados con el derecho a la salud como derecho humano, tales como la libertad, la dignidad y el ejercicio de derechos personalísimos¹²⁹.

En su Título V, Capítulo 1 -“Responsabilidad civil”- se incluye la Sección 9ª titulada “Supuestos especiales de responsabilidad”. La responsabilidad civil médica constituye una responsabilidad especial y puede ser considerada, también, como integrante de un microsistema del derecho de daños¹³⁰¹³¹ y del Derecho Médico, incorporado a su vez este último dentro del marco del Derecho de la Salud¹³²¹³³. Históricamente, ha sido considerada de forma mayoritaria por la doctrina como una responsabilidad de origen contractual¹³⁴ y fundada en una obligación de medios, sin descartarse que pudieran existir supuestos de origen extracontractual¹³⁵.

El CCCN incluye un artículo, el 1768, dedicado específicamente a la responsabilidad aplicable a las profesiones liberales y que reza textualmente:¹³⁶

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 7ª, de este

¹²⁸ Fumarola, L. (2015), Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCyS2015-IV, 211. Cita Online: AR/DOC/934/2015

¹²⁹ Garay, O. (2013), El Derecho a la Salud y la Legislación Sanitaria [Versión electrónica]. LA LEY2013-B, 731. Cita online: AR/DOC/749/2013

¹³⁰ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., p. 96

¹³¹ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 264

¹³² Zelaya, M. (2014), Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes [Versión electrónica]. RCyS 2013-X, 29. Cita Online: AR/DOC/3037/2014

¹³³ Aizenberg, M., Roitman, A. (2011), La historia clínica: su nuevo régimen jurídico a partir de la sanción de la Ley 26.529 [Versión electrónica]

¹³⁴ Lovece, G. (2012), El oblitio quirúrgico y la responsabilidad profesional. [Versión electrónica]. APBA 2012-10-1141 Cita Online: AP/DOC/4215/2012

¹³⁵ Bustamante Alsina, J. (1997), Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 510, 514, 518

¹³⁶ Art. 1768, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

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 1757.

Las profesiones liberales se entienden como aquellas cuyo desempeño se manifiesta fundamentalmente a través de actividades predominantemente intelectuales, aunque muchas de ellas implican también el conocimiento y el entrenamiento necesarios para ejercer con pericia las actitudes y destrezas necesarias para la adecuada realización de procedimientos y técnicas específicas. Tienen como notas características aceptadas por la doctrina jurídica a la habitualidad, la reglamentación y la habilitación obligatoria – administrativa y/o legal- para su ejercicio, el secreto o la confidencialidad del contenido de la relación con quienes requieren sus servicios, la autonomía, independencia y discrecionalidad científico-técnica, el control ético y disciplinario, entre otras, y que requieren habitualmente de un título de grado universitario¹³⁷¹³⁸¹³⁹¹⁴⁰. En este sentido, la actividad médica en su conjunto constituye una profesión liberal, por lo que le resulta aplicable el contenido normativo señalado.

Con la incorporación del artículo citado se regula de manera específica la responsabilidad civil originada por el ejercicio profesional médico, la cual queda definida en varios aspectos:¹⁴¹

- a) la actividad médica se asimila a las obligaciones de hacer, quedando por ende sujeta a las reglas contenidas en el artículo 774 del CCCN.
- b) como consecuencia de lo expresado en el punto anterior, la relación entre el profesional médico y el paciente quedará habitualmente encuadrada en la figura del contrato de servicios, acorde con lo normado en el artículo 1252 del CCCN.

¹³⁷ Lorenzetti, R. (2015), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, tomo VIII, p. 631

¹³⁸ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 365

¹³⁹ Llambías, J., Raffo Benegas, P., Sassot, R., (1997), Manual de Derecho Civil Obligaciones, (Undécima Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, p. 699

¹⁴⁰ Alterini, A., Ameal, O., López Cabana, R., (1996); Derecho de obligaciones, Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 766

¹⁴¹ Vázquez Ferreyra, R. (2015), La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

c) se impone como tipo de responsabilidad básica a la subjetiva, caracterizada por un factor subjetivo de atribución (fundamentalmente la culpa) y configurada a través de una obligación de medios.

d) la excepción a la regla de la responsabilidad subjetiva es que se hubiera comprometido un resultado concreto, en cuyo caso la actividad desarrollada se asimilaría a una obligación de resultado con responsabilidad objetiva, caso éste en el cual la relación contractual entre el profesional y el paciente podría incluso llegar a calificarse como un “contrato de obra”, siguiendo la regla contenida en el artículo 1252 del CCCN.

e) se excluye expresamente al ejercicio profesional médico de la responsabilidad objetiva por el daño originado por el uso de cosas riesgosas, excepto que el daño fuera causado por un vicio de las mismas.

f) también se excluye a las actividades ejecutadas por los profesionales médicos de la responsabilidad objetiva derivada del daño provocado por las actividades riesgosas.

A modo de síntesis, efectuando una interpretación armónica de las distintas normas aplicables del CCCN que fueran analizadas previamente (arts. 773, 774, 775, 1252, 1716, 1721, 1722, 1723, 1724, 1725, 1726, 1737, 1739, 1757, 1758, 1768 y ccdtes.), la obligación principal que habitualmente asume el médico y cuyo incumplimiento genera el deber de reparar se configura como una obligación de medios que se actualiza a través de la prestación de un servicio o la realización de un hecho en un tiempo, modo y lugar específicos, ya fueran estos acordados explícitamente con el paciente o según las circunstancias derivadas de la índole del servicio o del hecho esperable de su quehacer profesional.

La actividad profesional, que integra el objeto de la obligación principal y que corresponde a la promesa de un plan prestacional, se produce a través de la realización de una serie de deberes de conducta diversos, varios de ellos positivos y determinados a través de normas deontológicas, profesionales y jurídicas¹⁴²¹⁴³¹⁴⁴¹⁴⁵¹⁴⁶, cuya infracción, en

¹⁴² Bustamante Alsina, J. (1997), Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 509 - 510

el supuesto de no producirse los mismos, o ser llevados a cabo defectuosamente, o en un tiempo inapropiado, podrá configurar tanto el incumplimiento (total o parcial) de la obligación asumida como una transgresión al deber de no dañar, con el consiguiente nacimiento del deber de reparar, en el supuesto de haberse producido un daño resarcible, en cualquiera de las situaciones apuntadas.

También se incluyen en ese plan prestacional obligaciones de conducta accesorias (las que pueden ser de medios o de resultado) que se derivan tanto de la aplicación del deber de informar, consagrado en el artículo 59 del CCCN con característica de obligatorio¹⁴⁷, como del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, receptado en el artículo 729 del CCCN, así como del deber de prevención del daño incorporado en el inciso b) del artículo 1710 del CCCN. Vale la pena recordar que el deber de información por parte del galeno con el objeto de obtener el consentimiento del paciente para la realización de ciertas prácticas médicas ya era considerado como un elemento fundamental de la relación médico paciente con anterioridad al actual marco normativo¹⁴⁸¹⁴⁹.

El incumplimiento será antijurídico siempre que no se halle expresamente justificado, ya fuera por transgresión a lo pactado, por infringir lo dispuesto en una norma que establece un deber profesional específico, en una disposición de alcance general o

¹⁴³ Vázquez Ferreyra, R. (2015), La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código [Versión electrónica]. LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

¹⁴⁴ Rueda, A. (2016), Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, p. 22.

¹⁴⁵ Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY2015-F, 632 –Cita online AR/DOC/3755/2015

¹⁴⁶ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 505.

¹⁴⁷ Wierzbza, S. (2015), La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCyS 2015-IX, 5. Cita Online: AR/DOC/2759/2015

¹⁴⁸ Lovece, G., Los métodos de diagnóstico riesgosos Información, seguridad del paciente y autonomía del daño a la salud, 2014 [Versión electrónica]. LA LEY 29/10/2014, 8 - LA LEY2014-F, 103. Cita Online: AR/DOC/3241/2014

¹⁴⁹ Calvo Costa, C. (2004), Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones "hominis" en materia probatoria [Versión electrónica]. RCyS2004, 387. Cita Online: AR/DOC/1082/2004

ante la producción de un daño injusto a un paciente¹⁵⁰; el nexo de causalidad adecuado será aquel generado y comprobable entre la conducta del responsable del incumplimiento y el daño producido y el factor de atribución será primariamente considerado como subjetivo.

Este incumplimiento deberá ser valorado especialmente, además, conforme a las pautas de apreciación del artículo 1725, en razón de tratarse de una relación en la cual existe una especial confianza entre las partes¹⁵¹ y con una cualidad de superioridad técnica por parte del médico que coloca en una situación de desigualdad y asimetría a su paciente¹⁵²¹⁵³¹⁵⁴¹⁵⁵ y que, por otro lado, le genera un deber de informar¹⁵⁶¹⁵⁷ y de fidelidad para con este último¹⁵⁸. En tal sentido, serían asimilables a una obligación *intuitu personae*¹⁵⁹.

La excepción planteada en el CCCN a la descripción realizada en los párrafos anteriores ocurrirá exclusivamente en dos supuestos específicos:

a) en caso de haberse comprometido el profesional, como obligación principal, a obtener un resultado concreto, resultado éste que puede también estar determinado por lo dispuesto en una norma que establezca un deber profesional específico o en una disposición de alcance general, y

¹⁵⁰ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 379.

¹⁵¹ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Tomo 4, p. 505

¹⁵² Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY2015-F, 632 – Cita online AR/DOC/3755/2015

¹⁵³ Viale, R. (2015), Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [Versión electrónica]. LLLitoral 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita online AR/DOC/2914/2015

¹⁵⁴ Martínez, J. (2016), La responsabilidad civil de los profesionales liberales [Versión electrónica]. RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016, 123 - RCyS2016-VIII, 37, Cita online AR/DOC/575/2016

¹⁵⁵ Messina de Estrella Gutiérrez, G. (2011), Todos somos pacientes [Versión electrónica]. LA LEY 03/05/2011, 1 - LA LEY2011-C, 683. Cita Online: AR/DOC/1209/2011

¹⁵⁶ Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional [Versión electrónica]. RCyS 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

¹⁵⁷ Lovece, G., Weingarten, C. (2009), La ley 26.529. Un avance en el reconocimiento de los derechos personalísimos del paciente [Versión electrónica]. DFyP 2010 (enero-febrero), 01/01/2010, 184. Cita Online: AR/DOC/4515/2009

¹⁵⁸ Lovece, G. (2012), El oblitio quirúrgico y la responsabilidad profesional. [Versión electrónica]. APBA 2012-10-1141 Cita Online: AP/DOC/4215/2012

¹⁵⁹ Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY2015-F, 632 – Cita online AR/DOC/3755/2015

b) en caso que el daño producido por la actividad profesional fuera causado por el vicio de la cosa empleada para realizarla¹⁶⁰.

En estos casos el deber de reparar se generará en virtud del incumplimiento de una obligación de resultado y mediante la aplicación de un factor objetivo de atribución que usualmente será la garantía.

También se han planteado como posibilidades generadoras de responsabilidad objetiva aquellas en que las propias obligaciones de medios constituyan el resultado a lograr¹⁶¹¹⁶², o cuando existan obligaciones accesorias a la principal y que las mismas sean de resultado¹⁶³.

La responsabilidad que pudiera atribuirse al médico será usualmente directa en ambos supuestos (tanto una responsabilidad subjetiva como objetiva), interpretando el contenido de los artículos 1749 y 732 del CCCN.

Resulta preciso reiterar que la relación médico-paciente constituye un vínculo obligacional complejo, que implica un plan de conducta prestacional a ser llevado a cabo por el profesional médico en el cual se inscriben actividades diversas y que en muchos casos se hallan sujetas a cambios en su configuración, algunas de las cuales, particularmente aquellas directamente relacionadas con los aspectos diagnósticos y terapéuticos de la actividad profesional, pueden ser encuadradas como obligaciones de medios, en tanto que otras pueden ser calificadas como obligaciones de resultado.

La asimetría originaria entre los sujetos de esta relación ha sido motivo también, desde tiempos previos a la vigencia del CCCN, de una corriente de “objetivación de la responsabilidad civil aplicada a la praxis médica” (Messina de Estrella Gutiérrez, G.,

¹⁶⁰ Martínez, J. (2016), La responsabilidad civil de los profesionales liberales [Versión electrónica]. RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016, 123 - RCyS2016-VIII, 37, Cita online AR/DOC/575/2016

¹⁶¹ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., 2015, Código civil y comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus Tomo 4, p. 505.

¹⁶² Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. LA LEY2015-F, 632 – Cita online AR/DOC/3755/2015

¹⁶³ Viale, R. (2015), Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [Versión electrónica]. LLLitoral 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita online AR/DOC/2914/2015

2011), la que incluso ya fuera planteada por distintos autores como una necesidad¹⁶⁴¹⁶⁵, y que implica la adopción y aplicación de criterios y factores objetivos claramente definidos en lo que hace a la actividad profesional del médico, los cuales podrán surgir tanto de la normativa jurídica específica como de la interpretación del contenido de las distintas obligaciones que componen el plan prestacional, como el caso del derecho-deber de informar¹⁶⁶.

Por último, resulta necesario tener en cuenta también el supuesto, particularmente aplicable al campo de la actividad médica, de la infracción que pudiera producirse al deber genérico de evitación del daño a través de su prevención, cuyo incumplimiento genera *per se* un deber de reparar, sin necesidad de la existencia de un daño actual sino exclusivamente a través de su previsibilidad y sin precisarse de ningún factor de atribución. Este supuesto resulta también relacionado con la hipótesis formulada en este trabajo, atendiendo a que el incumplimiento (u omisión de cumplir) de una normativa o deber profesional destinado a evitar un daño también puede configurar la obligación de reparar.

¹⁶⁴ Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., T. II, pp. 488, 576

¹⁶⁵ Lovece, G. (2012), El oblitio quirúrgico y la responsabilidad profesional. [Versión electrónica]. APBA 2012-10-1141 Cita Online: AP/DOC/4215/2012

¹⁶⁶ Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional [Versión electrónica]. RCyS 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

Capítulo V

La historia clínica y la Ley nacional N° 26.529

V.a.- Historia clínica. Análisis médico y jurídico

La historia clínica, recurriendo a una apreciación exclusivamente sanitaria de la misma, es una herramienta destinada al registro y la transmisión de información y conocimiento, obtenida o producida como consecuencia de la actividad realizada durante el transcurso del proceso de atención o intervención profesional médica efectuada respecto del estado de salud de una persona. Es utilizada por gran parte de las profesiones relacionadas al cuidado de la salud humana y aun no siendo un patrimonio exclusivo de la profesión médica es esta última con la cual más se relaciona su existencia y aplicación.

Su existencia resulta de fundamental importancia en el desempeño de la actividad asistencial médica, en el conocimiento de la situación sanitaria (fundamentalmente en sus aspectos estadísticos y epidemiológicos) en general¹⁶⁷ y en la formación académica, entre otros aspectos relevantes. Se le reconocen, particularmente, entre sus usos específicos: el control de la gestión en establecimientos sanitarios, la evaluación de la calidad asistencial, su utilidad científica en la docencia e investigación, así como la médico-legal o forense¹⁶⁸¹⁶⁹.

Ha sido definida en formas diversas en el campo de las ciencias de la salud, pudiendo servir de ejemplo aquella que expresa que es el

Documento médico-legal que se origina a partir del contacto entre el profesional de la salud y el paciente donde se recoge la información necesaria para la correcta atención de los pacientes. La historia clínica es un documento válido desde el punto de vista clínico y legal, que recoge toda la información asistencial, preventiva y social¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Colla, J. (2014), Historia clínica [Versión electrónica]. Revista Derecho Privado, Año III, N° 9 pág. 45. Cita on line Id SAIJ: DACF150064

¹⁶⁸ López Dallara, M.,(2001), Historia clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica, [Versión electrónica], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

¹⁶⁹ Martí, Manuel L. en Argente, Horacio A., Semiología Médica: Fisiopatología, Semiotecnia y Propedéutica: Enseñanza basada en el paciente / Horacio A. Argente y Marcelo E. Álvarez – 1ª ed. 3ª reimp. – Buenos Aires: Médica Panamericana, 2008, p.41

¹⁷⁰ Diccionario médico. Disponible en <http://www.diccionariomedico.net/diccionario-terminos/7772-historia-clinica>

En ella debe quedar registrada toda la actuación desplegada por uno o más profesionales médicos, a través de todo el periodo de tiempo en el que se desarrolla el proceso asistencial que se inicia con la demanda de atención médica o de servicios sanitarios por parte de un paciente¹⁷¹¹⁷² y que concluye con la recuperación de la salud, la muerte del paciente, la negativa expresa del paciente a continuar bajo los cuidados de un determinado galeno o el cambio del profesional médico interviniente, ya fuera por derivación del médico tratante inicial a otro profesional o por deseo del propio paciente o su entorno familiar.

Es, en este sentido, aquel documento que describe y reproduce en su contenido la existencia y los pormenores de una relación médico-paciente específica¹⁷³¹⁷⁴, incluyendo no solamente los datos objetivos recogidos mediante procedimientos técnicos, sino también –de manera directa o indirecta- todas aquellas apreciaciones subjetivas y los razonamientos o criterios diagnósticos y terapéuticos elaborados por el profesional interviniente, e incluso las elecciones y decisiones formuladas por el propio paciente.

A pesar de no existir modelos únicos ni uniformes que delimiten su confección, se acepta generalizadamente, en el ámbito de las ciencias médicas, que debe contener un conjunto mínimo de datos considerados como básicos y esenciales: a) la anamnesis y el examen exploratorio físico, b) la evolución c) los diagnósticos y d) la epicrisis¹⁷⁵¹⁷⁶¹⁷⁷. Suelen agregarse, habitualmente, el detalle de los estudios complementarios solicitados,

¹⁷¹ Código de Ética para el Equipo de Salud, Asociación Médica Argentina, 2ª. Edición, 2011. Disponible en https://www.ama-med.org.ar/page/Codigo_de_Etica-2da_Edicion, Cap. 11, Art. 169.- “La Historia Clínica es uno de los elementos más relevantes en la relación Equipo de Salud-Paciente.”

¹⁷² López Dallara, M.,(2001), Historia clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica, [Versión electrónica], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

¹⁷³ Colla, J. (2014), Historia clínica [Versión electrónica]. Revista Derecho Privado, Año III, N° 9 pág. 45. Cita on line Id SAIJ: DACF150064

¹⁷⁴ Aizenberg, M., Roitman, A. (2010), El nuevo régimen de titularidad y guarda de la historia clínica [Versión electrónica].

¹⁷⁵ Rueda, A. (2016), Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, p. 64

¹⁷⁶ Arias, Jaime y otros, Propedéutica Quirúrgica: preoperatorio, operatorio, postoperatorio, Madrid: Editorial Tébar S.L., 2004, p. 33

¹⁷⁷ Argente, H., 2008, Semiología Médica: Fisiopatología, Semiología y Propedéutica: Enseñanza basada en el paciente / Horacio A. Argente y Marcelo E. Álvarez – 1ª ed. 3ª reimp. – Buenos Aires: Médica Panamericana, p.41

el plan terapéutico recomendado y/o implementado, las interconsultas efectuadas y los pormenores de los procedimientos técnicos llevados a cabo por el profesional sobre el paciente.

Atendiendo a lo anteriormente expresado, es posible apreciar en su estructura un aspecto intrínseco, relacionado directamente con el tipo y calidad de los datos que constituyen la información plasmada en el contenido, y otro extrínseco, relacionado con la forma, es decir, con las características y atributos asociados a la redacción del documento.

Se reconocen también, apelando al análisis académico médico, diferentes tipologías de historias clínicas¹⁷⁸, según criterios diversos: las peculiares características de cada especialidad médica, el tipo de patología o problemas de salud que se intenta relevar y registrar, del soporte en el cual se encuentren, etc. Se acepta, asimismo, la existencia de documentos de similar tenor, denominados igualmente “registros clínicos”, “expediente clínico” o “historia clínica”, que son de factura y utilización específica por parte de otras profesiones relacionadas con la salud, como es el caso de la odontología y la kinesiología.

Desde el punto de vista técnico jurídico es un documento, contenido habitualmente en un instrumento privado¹⁷⁹, aunque esta afirmación ha suscitado posturas doctrinarias y jurisprudenciales enfrentadas ya que hay opiniones que se manifiestan a favor de considerarlo, según su origen, tanto un documento público como uno privado

¹⁷⁸ Argente, Horacio A., 2008, *Semiología Médica: Fisiopatología, Semioteoría y Propedéutica: Enseñanza basada en el paciente* / Horacio A. Argente y Marcelo E. Álvarez – 1ª ed. 3ª reimp. – Buenos Aires: Médica Panamericana, p.41

¹⁷⁹ Artículo 287, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994

¹⁸⁰ Aizenberg, M., Roitman, A. (2011), *La historia clínica: su nuevo régimen jurídico a partir de la sanción de la Ley 26.529* [Versión electrónica]

¹⁸¹ Aizenberg, M., Roitman, A. (2009), *Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional* [Versión electrónica].

¹⁸² Ghersi, C. (2012), *Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente* [Versión electrónica]. *Revista LA LEY 2012-D, 1162*. Cita online AR/DOC/3705/2012

¹⁸³ Ghersi, C., Ghersi, S. (2004), *Historia clínica falsa* [Versión electrónica]. *RCyS 2004, 242*. Cita on line AR/DOC/2378/2004

¹⁸⁴ Conf. CNCIV, 2008, en autos “Ferro, José Pedro c/ Gobierno de la Ciudad De Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios” Magistrados: DÍAZ, HERNÁNDEZ, AMEAL. - Sala K. - Fecha: 29/08/2008 - Nro. Exp.: K090241.

Resulta clarificador reproducir el concepto de historia clínica elaborado por López Dallara (2001) en su trabajo, al definirla como:

la historia clínica es un documento en el cual se asientan cronológicamente (en forma simultánea o inmediatamente posterior a la obtención de información, o al arribo de conclusiones por parte del médico acerca del paciente), todos y cada uno de los pormenores derivados de la relación entre el profesional y su consultante, incluidos entre esos datos pormenorizados, tanto las contingencias y manifestaciones positivas de la enfermedad del paciente como aquellos que revelen estabilidad y normalidad en su estado de salud. Permite la observación retrospectiva de esa relación y sus efectos. Debe crearse con el nacimiento de la relación y se cierra, concluye o clausura, con la extinción de dicha relación jurídica (tanto por su cumplimiento normal como por su conclusión o ruptura a causa de un incumplimiento o cumplimiento anormal o defectuoso).¹⁸⁶

Su confección resulta indiscutiblemente obligatoria desde el punto de vista de la *lex artis* y la deontología médica, y constituye usualmente una exclusiva responsabilidad de cada médico, excepto que, por las particulares circunstancias derivadas del quehacer profesional médico o de la persona del paciente, existiera la necesidad de la intervención simultánea o concurrente de otros profesionales, técnicos o auxiliares de la salud, tal como suele ocurrir habitualmente en la situación del paciente internado.

La literatura, tanto aquella específica de la profesión médica como de las ciencias jurídicas, así como los códigos deontológicos médicos, también han hecho expreso hincapié en varias de las características básicas que debe reunir su confección, particularmente respecto de la objetividad, veracidad, completitud, legibilidad, confidencialidad y contemporaneidad de los registros consignados en su contenido¹⁸⁷¹⁸⁸¹⁸⁹¹⁹⁰¹⁹¹, muchas de las cuales surgen como una derivación necesaria de los

¹⁸⁵ López Dallara, M.,(2001), Historia clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica, [Versión electrónica], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

¹⁸⁶ López Dallara, M.,(2001), Historia clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica, [Versión electrónica], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

¹⁸⁷ De la Vega, E. (1993), La historia clínica: el ABC del acto médico [Versión electrónica]. Revista del Colegio Médico de Rosario, nº 45, mayo de 1993. Cita online Id SAIJ: DACF150064

deberes propios del ejercicio de la profesión médica, plasmados básicamente en la normativa regulatoria de su ejercicio.

El carácter de obligatoriedad jurídica de la confección del documento en sí, sin precisar detalles respecto de su contenido, era —previamente a la vigencia de la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6)- una resultante casi exclusiva de la interpretación extensiva de la reglamentación del artículo 40 de la Ley nacional N° 17.132 (Adla 1967 - A, 44)¹⁹², específicamente de los incisos l) y m) del Decreto Nacional N° 6.216/1967 (Adla 1967 - B, 1862)¹⁹³ reglamentario de la norma legal citada, y aún más particularmente a través de la construcción efectuada por la jurisprudencia¹⁹⁴ y la doctrina jurídica. Por otra parte, en lo relacionado con la investigación científica realizada en seres humanos, su obligatoriedad tiene una relevancia particular, ajena a la consideración de este trabajo, hallándose su existencia y contenido expresamente contemplados en las regulaciones nacionales aplicables a la materia¹⁹⁵.

Haciendo abstracción de sus usos sanitarios, desde el campo jurídico, el principal valor históricamente adjudicado a este documento ha sido su utilidad como elemento probatorio, tanto documental como informativo, en todo litigio que tuviera por objeto la

¹⁸⁸ Código de Ética para el Equipo de Salud, Asociación Médica Argentina, 2ª. Edición, 2011. Disponible en https://www.ama-med.org.ar/page/Codigo_de_Etica-2da_Edicion, Cap. 11

¹⁸⁹ Asociación Argentina de Cirugía, Manual de Ética y Deontología del Cirujano, 2008, p. 8. Recuperado el 15/06/2017 desde http://www.aac.org.ar/imagenes/comisiones/etica/manual_de_etica.pdf

¹⁹⁰ Aizenberg, M., Roitman, A. (2011), La historia clínica: su nuevo régimen jurídico a partir de la sanción de la Ley 26.529 [Versión electrónica]

¹⁹¹ López Dallara, M.,(2001), Historia clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica, [Versión electrónica], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

¹⁹² Ley Nacional N° 17.132, Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración, 31/01/1967. Recuperada el 15/05/2017 desde servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=19429

¹⁹³ Decreto Reglamentario 6216/1967, Poder Ejecutivo Nacional, 08/09/1967. Recuperado el 15/05/2017 desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=140762>

¹⁹⁴ Conf. CNCOM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala C, 2008, en autos “Carrizo, María c/ Chavin, Julio s/ Ordinario”, Magistrados: Monti - Ojea Quintana - Caviglione Fraga. Cita on line Id SAJ: SUN0015837

¹⁹⁵ Disposición 6677/2010, Régimen de Buena Práctica Clínica para Estudios de Farmacología Clínica, Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), 05/11/2010. Recuperada el 15/05/2017 desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=174557>

evaluación judicial de la conducta y de la actividad profesional médica en una relación médico-paciente específica¹⁹⁶¹⁹⁷¹⁹⁸¹⁹⁹²⁰⁰.

Una síntesis de los diferentes usos y valores que se le han asignado –estrictamente en relación con los profesionales médicos- a lo largo de los últimos 20 años en el ámbito jurídico, tomando en consideración las posturas doctrinarias y jurisprudenciales predominantes, incluyen –a más de la citada supra- a:

- a) la confirmación de la existencia de la relación médico-paciente, usualmente considerada como de carácter contractual
- b) la comprobación o el rechazo de la existencia de negligencia, impericia y/o imprudencia del actuar profesional médico
- c) la acreditación de la no culpa del médico
- d) la verificación o el rechazo del nexo de causalidad adecuada entre la actuación profesional y un daño resarcible
- e) la evaluación y demostración de la calidad asistencial brindada al paciente
- f) la demostración del cumplimiento de aquellos deberes considerados como secundarios de la conducta profesional médica, particularmente del deber de informar
- g) la construcción de presunciones judiciales favorables o desfavorables respecto de la conducta profesional
- h) el cumplimiento de un deber de colaboración o carga procesal

¹⁹⁶ Conf. CNCiv., sala H, 2004, en autos "Borgatti, Silvano c. Instituto Dupuytren y otros". Magistrados: Giardulli – Kiper. Publicado en RCyS 2004, 1293. Cita on line: AR/JUR/3408/2004

¹⁹⁷ Vázquez Ferreyra, R. (1996), La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº XVII, 1996, pág. 389. Recuperado el 15/05/2017 desde <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/349/325>

¹⁹⁸ Aizenberg, M., Roitman, A. (2009), Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional [Versión electrónica].

¹⁹⁹ Conf. CNCOM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, en autos "Instituto Cardiovascular Infantil SA c/ Staff Medico SA S/ Ordinario", Magistrados: Garibotto - Villanueva – Machin. Cita on line Id. SAJ: FA12130329

²⁰⁰ Conf. CNCOM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala C, 2008, en autos "Carrizo, María c/ Chavin, Julio s/ Ordinario", Magistrados: Monti - Ojea Quintana - Caviglione Fraga. Cita on line Id SAJ: SUN0015838

Las expresiones doctrinarias, tanto previas como posteriores a la vigencia de la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6), son coincidentes mayoritariamente en afirmar la relevancia jurídica de la historia clínica como documento sanitario que registra la atención médica²⁰¹ y que está destinado fundamentalmente a “acreditar la responsabilidad civil (es decir la obligación de reparar daños y perjuicios) que se pueda imputar al médico”²⁰², así como que,

La historia clínica es un documento elemental en el juicio de responsabilidad médica. Ella demuestra en un proceso el actuar del profesional (la tarea médica además de ser efectuada, debe registrarse). Como medio de prueba es de vital importancia para reconstruir la relación causal y sirve para acreditar la prestación médica correspondiente. La historia clínica no puede reemplazarse por otros medios de prueba. El profesional no tiene otra oportunidad de registrar su actuar si no es volcando los datos en tal instrumento.²⁰³

Se resaltaron asimismo varias de las características específicas de su contenido²⁰⁴²⁰⁵²⁰⁶, entendiendo que “las anotaciones que en ella realizan los médicos no son en absoluto tareas administrativas sino que constituyen un paso que impone la *lex artis*”²⁰⁷, así como también que “Otra de las particularidades que tendrá este instrumento

²⁰¹ Aizenberg, Marisa - Roitman, Adriel J., Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional. Publicado en: LA LEY 29/12/2009, 29/12/2009, 1 - LA LEY2010-A, 826. Cita Online: AR/DOC/4541/2009

²⁰² Sánchez, O. (1994), Proyección de la historia clínica, [Versión electrónica] REVISTA ZEUS Nro. 4967, 2. Recuperado el 15/05/2017 desde http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasa960018-sanchez-proyeccion_historia_clinica.htm%3Bjsessionid=9ozgzbkr5lNm1t4yvqfgms8wn?0&bsrc=ci

²⁰³ Colla, J. (2014), Historia clínica [Versión electrónica]. Revista Derecho Privado, Año III, N° 9 pág. 45. Cita on line Id SAIJ: DACF150064

²⁰⁴ Conf. CNCIV, Sala C, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, en autos “González, Roberto Oscar c/ F.L.E.N.I. s/ Daños y Perjuicios”, Magistrados: Cortelezzi, Díaz Solimine, Álvarez Juliá. Cita on line Id SAIJ: SUC0402693

²⁰⁵ Zelaya, M. (2014), Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes [Versión electrónica]. RCyS 2013-X, 29. Cita Online: AR/DOC/3037/2014

²⁰⁶ Molina Quiroga, E. (2013), Derecho a la información de la salud y hábeas data específico. Derechos esenciales del paciente [Versión electrónica]. LA LEY 26/08/2013, 1 - LA LEY2013-E, 609. Cita Online: AR/DOC/1398/2013

²⁰⁷ Vázquez Ferreyra, R. (1998), Importancia de la historia clínica en la responsabilidad civil médica. Actitud a asumir por parte de un médico demandado por mala praxis [Versión electrónica]. LA LEY 1998-C, 34. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 665. Cita online AR/DOC/8816/2001.

es la forma en que debe ser confeccionado. Los datos deben reflejarse en forma clara, concreta, completa, precisa y no deben permitirse enmiendas”²⁰⁸.

En idéntico sentido, conteniendo aún mayores precisiones, se ha manifestado diversa jurisprudencia afirmando que

En casos de responsabilidad en el marco de una acción por mala praxis, guarda estrecha relación con la vital importancia de las historias clínicas, que como principio deben contener una descripción exacta de todos los estudios y análisis que se hayan practicado a los distintos pacientes. En efecto, los datos suministrados en la historia clínica deben ser científicamente explicables y empíricamente correctos²⁰⁹.

La importancia que adquiere como evidencia de la relación de causalidad entre un daño y el acto médico precedente considerado como su causa, las consecuencias que provoca la omisión de su existencia, así como la presencia de irregularidades o de omisiones en su contenido han sido materia de diversos fallos²¹⁰²¹¹²¹²²¹³²¹⁴²¹⁵, habiéndose expresado sobre este tópico que,

Se ha llegado a afirmar que la falta de datos en la historia clínica — recurso que muchas veces conduce a la imposibilidad de probar— constituye una violación al deber de colaboración procesal y acarrea un análisis desfavorable de la conducta del demandado²¹⁶.

²⁰⁸ Colla, J. (2014), Historia clínica [Versión electrónica]. Revista Derecho Privado, Año III, N° 9 pág. 45. Cita on line Id SAIJ: DACF150064

²⁰⁹ Conf. CNCOM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, en autos “Rodríguez, Carmen Teresa Y Otro c/ Casares, Enrique Alberto Y Otros/ S/ Ordinario”, Magistrados: Uzal – Kölliker – Frers. Cita on line Id SAIJ: SUN0018319

²¹⁰ Conf. CNFedCivCom, Sala I, en autos “S., A. J. y otro c. Estado nacional y otro”, 1998. Magistrados: Pérez Delgado – Farrell. Publicado en: DJ1998-3, 537. Cita Online: AR/JUR/2903/1998

²¹¹ Conf. CSJN, 2001, en autos “P., S. R. y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros”. Publicado en: LA LEY2002-A, 731. Cita Online: AR/JUR/2699/2001

²¹² Conf. CSJN, 2002, en autos “Tesone de Bozzone, Marta P. y otro c. K., G. y otros”. Publicado en: RCyS2002, 1007. Cita Online: AR/JUR/4271/2002

²¹³ Conf. CNCiv, Sala M, 2010, en autos “Soba, Miguel Angel Dalindo y otros c. G. P., V. y otros”, Publicado en: RCyS2011-III, 165. Cita Online: AR/JUR/71054/2010

²¹⁴ Conf. CNCiv, Sala M, 2009, en autos “Choque, Juan Hipólito c/ Clínica Mariano Moreno SA y otros”, Publicado en: RCyS2010-VII, 189. Cita Online: AR/JUR/63380/2009

²¹⁵ Conf. C5aCivComMinasPazyTribMendoza, 2010, en autos “Brizuela Francisco Orlando y otros c/ Hospital Dr. H. Notti”, Publicado en: LLGran Cuyo2010 (septiembre), 796. Cita Online: AR/JUR/16403/2010

²¹⁶ Lorenzetti, R., (1989), Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales, en *Derecho de daños* en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As.: La Rocca, p. 527

Con similares términos, ya vigente la ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6), y abundando en precisiones sobre la importancia documental de la historia clínica como registro de la actuación médica así como sobre su valor probatorio al momento de dilucidar la responsabilidad médica, y respecto de las presunciones judiciales adversas o desfavorables generadas por su ausencia y por las irregularidades u omisiones en su contenido, se ha sostenido que,

Si bien no es predicable, respecto de la historia clínica, un ciego acatamiento, su ‘completitud’ y ‘exactitud’ constituyen presupuestos indispensables de su funcionalidad, desde que, en principio, ha de estarse a lo que surge de aquella, pues perdería su verdadera razón de ser si cada una de las constancias registradas requirieran de su renovada y continua comprobación por parte de los sucesivos intervinientes, lo que en la práctica importaría ello tanto como la conveniencia de prescindir de esos registros²¹⁷.

Otras sentencias han puesto énfasis, además de referirse a la generación de las presunciones judiciales adversas más arriba citadas, en la formulación de un análisis específico de la carga y el deber jurídico de colaboración procesal que constituiría para el profesional médico el aportar este documento²¹⁸²¹⁹.

También la doctrina y la jurisprudencia analizaron y resaltaron el deber de información que se genera en el marco de la actuación profesional médica y la necesidad de que su cumplimiento quede registrado en la historia clínica²²⁰²²¹²²², particularmente en todo lo concerniente al consentimiento informado²²³.

²¹⁷ Conf. SCJBA, 2014, en autos “B., M. N. c. Municipalidad de Malvinas Argentinas y otro s/ daños y perjuicios”, Causa C.111.009. Publicado en: LLBA2014 (junio), 527. Cita Online: AR/JUR/7934/2014

²¹⁸ Conf. CNCiv. Sala “F”, 2015, en autos “M., J. G. y Otro c/ Galeno Argentina S.A. y Otro” Magistrados: Galmarini, Zannoni, Posse Saguier. Publicado en: LA LEY 2015-D, 383. Cita Online: AR/JUR/20149/2015

²¹⁹ Conf. CNCCom.Fed., Sala I, 2014, en autos “A. P. C. c/ Unión Personal Civil de la Nación y otro s/ Daños y Perjuicios”. Magistrados: Guarinoni, De las Carreras, Najurieta. Publicado en: Microjuris.com. Cita on line: MJ-JU-M-88391-AR | MJJ88391 | MJJ88391

²²⁰ Conf. CSJN, 1999, en autos “Rozenblat, Alberto c/ Porcella, Hugo y otros”, Magistrados: Mayoría: Nazareno, Belluscio, Petracchi, Bossert, López. Disidencia: Fayt, Vázquez. Abstención: Boggiano. Publicado en: RCyS 2000, 498. Cita Online: AR/JUR/131/1999

²²¹ Conf. CNCiv. Sala A, 1997, en autos “ FERREYRA, Odilia Elvecia y otro c/ INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL FERROVIARIO s/ Daños Y Perjuicios”. Cita on line Id SAJJ: FA97020257

²²² Zelaya, M. (2014), Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes [Versión electrónica]. RCyS 2013-X, 29. Cita Online: AR/DOC/3037/2014

²²³ Calvo Costa, C. (2004), Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones “hominis” en materia probatoria [Versión electrónica]. RCyS2004, 387. Cita Online: AR/DOC/1082/2004

Respecto de los deberes de guarda o custodia y conservación de la historia clínica, las opiniones jurídicas han sido coincidentes en que ellos recaen tanto en cabeza del médico tratante, quien es responsable asimismo de su redacción y de la certeza de su contenido²²⁴²²⁵, como de las instituciones en las cuales el paciente hubiera recibido atención²²⁶²²⁷.

Como resumen de todo lo previamente expuesto, resulta una ajustada síntesis de la opinión jurisprudencial mantenida durante la última década previa a la entrada en vigencia del nuevo CCCN, tanto sobre los aspectos conceptuales como los alcances jurídicos de la historia clínica, un muy reciente fallo en el cual se ha sostenido que,

En este aspecto cabe reiterar que la historia clínica "resulta de trascendental importancia, ya que constituye un elemento fundamental, corroborante del actuar médico con relación al paciente. Por ello, aun cuando pareciera darse cumplimiento con la obligación médica, confeccionándola y asentando los datos esenciales en relación con el paciente (diagnóstico, tratamiento, etc.), resulta fundamental que el facultativo vuelque en ella la totalidad de las circunstancias en torno a la salud del enfermo. Se trata de un verdadero documento complejo que debe contener una pormenorizada información de lo sucedido a lo largo de toda la relación médico-paciente desde el inicio de ella. Por ello, se ha afirmado que una confección defectuosa es frecuentemente un elemento probatorio determinante a la hora de evaluar el reproche de la conducta desarrollada por el profesional respecto del paciente (conf. Calvo Costa, Carlos A., Daños ocasionados. ob. cit., pág.228). En el mismo orden de ideas, ha expresado nuestro más alto tribunal que se trata de una prueba sustancial en los casos de mala praxis, que convierte a la historia clínica 'en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de un litigio de ésta índole, desde que se ha dicho que es un medio de prueba que permite observar la evolución médica del paciente, calificar los actos médicos realizados, conforme estándares y coopera para

²²⁴ Conf. C1aCivComMinasPazyTribSanRafael, en autos "E., G. A. por sí y en rep. de sus hijos menores c. B., A. y/o Gob. de la Pcia. de Mendoza s/ordinario", 2014. Publicado en: LLGran Cuyo2014 (julio), 666 - RCyS 2014-IX, 80, con nota de Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Mesa. Cita Online: AR/JUR/9387/2014

²²⁵ Conf. CCivComMineriaBariloche en autos "Muñoz, Eliana del Carmen c. Rebagliati, Raúl A. y otros", 2011. Publicado en: La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/16205/2011

²²⁶ Conf. CNCiv, Sala M, en autos "Choque, Juan Hipólito c. Clínica Mariano Moreno SA y otros", 2009. Publicado en: RCyS2010-VII, 189. Cita Online: AR/JUR/63380/2009

²²⁷ Conf. CCivComResistencia, Sala IV, en autos "S., M. L.; S., J. L.; S., N. A. y S., G. A. c. Sanatorio Chaco S.R.L. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios", 2016. Publicado en: RCyS2016-X, 172. Cita Online: AR/JUR/11291/2016

establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño'. Y agregó que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que 'el carácter incompleto y por tanto irregular de una historia clínica, constituye presunción en contra de una pretensión eximitoria de la responsabilidad médica, pues de otro modo el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias' (CSJN, 'P., S.R y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros', sentencia del 4/9/2001). En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas que presente una historia clínica, dan lugar a presunciones hominis desfavorables al galeno, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, debiendo dicha prueba apreciarse con criterio riguroso porque la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico (conf. CNCiv., Sala H, 'Chianelli, Stella M. c/ Ciudad de Buenos Aires y otros ', DJ, 2004-1-92; La Ley On Line, esta Sala in re 'Villalba de Gómez, Leticia Lilian c/ GCBA s/ daños y perjuicios', expte. 2366/0, del 08/01/03)" (Cfme. Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero en la causa caratulada "Marignani Alfredo Oscar c/ OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/ responsabilidad médica", expte. n° 13468/0, sentencia del 19 de noviembre de 2013)²²⁸.

Merece ser particularmente resaltada, en el marco de la hipótesis sostenida en el presente trabajo, la expresa referencia que hace la cita del fallo transcripto *supra* respecto a la privación al paciente de un crucial elemento de juicio producida por la omisión de la historia clínica, ya que ese supuesto podría constituir por sí mismo un daño jurídico, en el sentido que lo define el CCCN en su artículo 1737.

En similar sentido, previamente a la sanción de la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6), teorizó López Dallara (2001) respecto de la relevancia etiológica, como productora de daño y como causalidad apropiada, que adquiriría la omisión absoluta de la historia

²²⁸ Conf. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos "G. G. E. c. GCBA", 2017, publicado en Microjuris.com, cita online MJ-JU-M-104285-AR. Recuperado el 16/06/2017 de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/06/15/el-hospital-y-doctores-demandados-resultan-responsables-por-el-fallecimiento-de-la-esposa-del-actor-y-su-hijo-por-nacer-debido-a-la-deficiente-atencion-medica-recibida-que-impidio-obtener-un-diagnosti/>

clínica²²⁹, opinión ésta que resulta análoga a la que constituye el núcleo exploratorio de este trabajo.

Hasta aquí la doctrina y la jurisprudencia citadas han analizado -y atribuido o desechado- a la responsabilidad civil generada como consecuencia del ejercicio profesional del médico, como aquella que resulta una consecuencia casi exclusiva de la aplicación de un factor subjetivo de atribución, fundamentalmente la culpa, en sus vertientes de negligencia, impericia e imprudencia; en cualquier caso, la historia clínica y su contenido han tenido una intervención casi exclusivamente instrumental en tales decisiones.

Contadas han sido las oportunidades en las cuales se ha reconocido la existencia de una responsabilidad profesional objetiva, las que fueran calificadas generalmente así por derivarse del incumplimiento del deber de informar y por la responsabilidad derivada de la intervención de terceros en el cumplimiento del plan prestacional²³⁰. Muy pocas también han sido las ocasiones en que la responsabilidad objetiva ha sido asociada a la ausencia de la historia clínica o a omisiones en su contenido y, en tales casos, la mencionada responsabilidad ha recaído de manera ocasional en el profesional médico y con habitualidad en los establecimientos en los cuales se desempeña²³¹²³²²³³. Tampoco se ha podido hallar, en la jurisprudencia consultada, que se haya analizado en profundidad la posibilidad de una relación de causalidad que podría existir entre el daño resarcible y la omisión de confección de la historia clínica por parte del profesional médico.

²²⁹ López Dallara, M.,(2001), Historia clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica, [Versión electrónica], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

²³⁰ Lovece, G. (2012), El oblito quirúrgico y la responsabilidad profesional. [Versión electrónica]. APBA 2012-10-1141 Cita Online: AP/DOC/4215/2012

²³¹ Conf. CNCom, Sala B, en autos "Ramos, Sonia c/ Sanatorio Mitres/ Ordinario", 1998, Magistrados: Butty - Díaz Cordero. Cita on line: Id SAIJ: FA98130291

²³² Conf. CNFedCivCom, Sala II, en autos "Riquelme, Manuel Ricardo y otro c. Unión Obrera Metalúrgica de La Rep. Argentina y otros s/incumplimiento de prestación de obra social", 2011. Publicado en: RCyS2011-XII, 131. Cita Online: AR/JUR/45484/2011

²³³ Canelo, C. (2014), La responsabilidad objetiva y la presunción de causalidad en los daños ocasionados por transfusiones de sangre en los centros asistenciales. [Versión electrónica]. DJ08/10/2014, 18. Cita Online: AR/DOC/2700/2014

En síntesis, tal como ya fuera expresado, previamente a la existencia de la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6) e incluso con bastante posterioridad a su sanción, muchos de los aspectos relacionados con la confección, contenido, titularidad, guarda, acceso y utilidad probatoria, entre otras características y usos de la historia clínica, fueron contemplados y definidos, en mayor o menor medida, a través de una construcción intelectual conjunta médico-judicial reflejada casi exclusivamente en a) normas deontológicas o administrativas, casi siempre de aplicación local, b) por la casuística judicial a través de las respectivas sentencias y c) por el consiguiente análisis doctrinario de los fallos que serviría de fundamento a su vez a la propia jurisprudencia.

V.b.- Historia clínica. Marco regulatorio de la Ley nacional N° 26.529 y su Decreto reglamentario

El 20 de noviembre de 2009 fue publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA) la ley nacional N° 26.529 (Adla 2010-A, 6) que lleva por título distintivo “Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado” (LDP). Su ámbito de aplicación se describe en el texto legal como aquel referido al “ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica”²³⁴.

Fue modificada parcialmente en 2012 en su Capítulo I (Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud) mediante la Ley N° 26.742 (Adla 2012-C, 2432), modificación ésta exclusivamente relacionada con aspectos relativos a la así llamada muerte digna y al consentimiento informado. En enero de 2013 fue nuevamente modificada a través de la Ley N° 26.812 (Adla 2013-A, 54), la que sustituyó la redacción del artículo 15° que determina los asientos mínimos y obligatorios que deben registrarse en la historia clínica. Finalmente, el 6 de julio de 2012, el Poder Ejecutivo Nacional procedió a su reglamentación a través del dictado del Decreto N° 1.089/2012 (Adla 2012 - D, 3457).

²³⁴ Artículo 1, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

En el contenido de la norma legal se ubica el Capítulo IV, “De la Historia Clínica”, integrado por los artículos 12 al 21. De su análisis pueden extraerse las siguientes afirmaciones, entre otras:

a) Incorpora la definición legislativa de la historia clínica como “el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud”²³⁵.

b) Determina expresamente que la titularidad de la historia clínica recae en la persona del paciente²³⁶.

c) Se especifican, de manera enunciativa, algunos de los asientos obligatorios mínimos que debe contener²³⁷, así como la documentación accesoria que forma parte integral de la historia clínica²³⁸.

d) Se enumeran, de manera expresa en unos casos, y por vía interpretativa en otros, algunas características que necesariamente debe reunir el documento: obligatoriedad, completitud subjetiva y objetiva, integridad, claridad, precisión, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad, confidencialidad, unicidad e inviolabilidad²³⁹²⁴⁰.

²³⁵ Artículo 12, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²³⁶ Artículo 14, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²³⁷ Artículo 15, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²³⁸ Artículo 16, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²³⁹ Artículos 12, 13, 15, 16, 17 y 18, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁴⁰ Aizenberg, M., Bonpland, V., (2013) Ley de Derechos del Paciente, con la reforma introducida por la Ley 26.812. Aspectos referidos a la historia clínica en particular [Versión electrónica].

e) Se nomina taxativamente a los sujetos encargados de su guarda y custodia²⁴¹, a saber:

Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas.

f) Define a los sujetos legitimados para solicitar y obtener el acceso a la información contenida en ella²⁴².

g) Se recepta expresamente la posibilidad de la confección informatizada²⁴³.

h) Se determinan sanciones específicas ante el incumplimiento de las obligaciones emergentes de la ley “Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder”²⁴⁴.

Del análisis del restante articulado de la Ley, en lo que resulta atinente al presente trabajo, cabe agregar -de manera específica- tres cuestiones fundamentales:

i. La norma otorga reconocimiento legislativo explícito a un conjunto de derechos declarados como esenciales e inalienables del paciente en su relación con los profesionales de la salud, a saber: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica²⁴⁵. Corresponde resaltar, a efectos del presente trabajo, a los

²⁴¹ Artículo 18, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁴² Artículo 19, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁴³ Artículo 13, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁴⁴ Artículo 21, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁴⁵ Artículo 2, Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

derechos identificados como información sanitaria e interconsulta médica, tomando en consideración que –tanto para poder efectivizar como corroborar su cumplimiento- en ambos casos se requiere necesariamente de la existencia de alguna documentación en la cual quede registrada tanto la información recogida por el profesional médico como la brindada al paciente, considerándose necesaria incluso la firma de este último o la de sus familiares, en casos específicos, para asegurar su plena conformidad, consentimiento o rechazo²⁴⁶ a las alternativas y riesgos que se le hayan hecho conocer.

ii. En particular, es preciso resaltar que el derecho-deber a la información, entre otros, cabe ser considerado además como de raigambre constitucional, acorde con lo estatuido en los artículos 33, 42, 43 y 75 inc. 22 de la CN²⁴⁷²⁴⁸²⁴⁹ y también como resultado de la aplicación del art. 59 del CCCN²⁵⁰. Acorde con todo lo anteriormente mencionado, puede concluirse en la afirmación de la existencia de una correlativa obligación de informar, que recae en cabeza del profesional médico como un deber de conducta principal y, por ende, como parte de sus obligaciones profesionales y como generador de una imputación objetiva ante su incumplimiento²⁵¹²⁵²²⁵³. Se refuerza, como consecuencia, la obligatoriedad de la existencia y apropiado contenido de la historia clínica, como medio para la

²⁴⁶ Ghersi, C. (2012), Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente [Versión electrónica]. Revista LA LEY 2012-D, 1162. Cita online AR/DOC/3705/2012

²⁴⁷ Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional [Versión electrónica]. RCyS 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

²⁴⁸ Garay, O., Madies, C. (2012), La reglamentación de la ley 26.529 confirma paradigmas favorables a los pacientes [Versión electrónica]. DFyP 2012 (septiembre), 01/09/2012, 180. Cita Online: AR/DOC/4358/2012

²⁴⁹ Wierzba, S. (2015), Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 387

²⁵⁰ Wierzba, S. (2015), La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. RCyS 2015-IX, 5. Cita Online: AR/DOC/2759/2015

²⁵¹ Conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala Tercera, 2015, en autos “B. M. C. C/ S. N. M. s/ daños y perjuicios”. Magistrados: Chaumet – Cúneo – Peyrano. Publicado en: Microjuris.com. Cita on line: MJ-JU-M-93372-AR | MJ93372 | MJ93372

²⁵² Lovece, G., Los métodos de diagnóstico riesgosos Información, seguridad del paciente y autonomía del daño a la salud, 2014 [Versión electrónica]. LA LEY 29/10/2014, 8 - LA LEY2014-F, 103. Cita Online: AR/DOC/3241/2014

²⁵³ Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional [Versión electrónica]. RCyS 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

adecuada registraci3n del cumplimiento de esa obligaci3n de informar²⁵⁴, la que ya fuera considerada como un deber fundamental de la conducta profesional en forma previa al marco jur3dico impuesto por la LDP²⁵⁵²⁵⁶²⁵⁷. Corresponde tambi3n advertir, entonces, la expresa lesi3n a un derecho leg3timo que se producir3a en caso contrario.

iii. La ley se declara a s3 misma como de orden p3blico, con lo cual deja establecido que sus disposiciones resultan de aplicaci3n obligatoria y que son indisponibles e inmodificables por la autonom3a de la voluntad²⁵⁸. En tal sentido, se constituir3a como ley especial, regulatoria de la responsabilidad civil especial originada por la actividad de los profesionales m3dicos, aplicable en forma concurrente con las normas indisponibles del CCCN y con prelati3n sobre cualquier otra normativa general, en virtud de lo normado en el art3culo 1709 del CCCN²⁵⁹²⁶⁰. en correspondencia, asimismo, con el contenido del art3culo 12 del mencionado cuerpo legal.

El Decreto reglamentario N3 1.089/2012 (Adla 2012 - D, 3457), por su parte, otorga mayor amplitud, precisi3n y claridad conceptual a una serie de cuestiones, entre las cuales resulta relevante citar:

a) Establece que tanto las disposiciones de la Ley N3 26.529 (Adla 2010-A, 6) como las de su Decreto reglamentario resultan complementarias de

²⁵⁴ L3pez Dallara, M.,(2001), Historia cl3nica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad m3dica, [Versi3n electr3nica], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Da3os (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

²⁵⁵ Conf. CNC, Sala A, en autos "A., N. A. v. B., A. y otros", 2012. Magistrados: Picasso – Molteni – Li Rossi. Publicado en: SJA 2013/01/02-58. Cita Online: AP/JUR/3264/2012

²⁵⁶ Conf. CSJN en autos "Rozenblat, Alberto c/ Porcella, Hugo y otros", 10 de mayo de 1999. Magistrados: Mayor3a: Nazareno, Belluscio, Petracchi, Bossert, L3pez. Disidencia: Fayt, V3zquez. Abstenci3n: Boggiano. Cita on line FA99000122

²⁵⁷ Conf. CNC, Sala G, en autos "Chertkov, Berta E. v. C.O.M.I. Coop. Ltda. de Servicios de Salud y Otros", 2012. Magistrados: Are3n – Carranza Casares – Bellucci. Cita Online: AP/JUR/3835/2012

²⁵⁸ Garay, O. (2010), La ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relaci3n con los Profesionales e Instituciones de la Salud [Versi3n electr3nica]. DFyP 2010 (enero-febrero), 01/01/2010, 165. Cita Online: AR/DOC/4615/2009

²⁵⁹ Calvo Costa, Carlos A. (2015), La responsabilidad civil m3dica ante el nuevo C3digo Civil y Comercial [Versi3n electr3nica]. RCyS2015-II, Tapa. Cita Online: AR/DOC/126/2015

²⁶⁰ Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de informaci3n y la responsabilidad profesional [Versi3n electr3nica]. RCyS 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

otras normas jurídicas, tales como las relacionadas con el ejercicio profesional en salud (Ley nacional N° 17.132, Adla 1967 - A, 44) y las Leyes nacionales N° 25.326 (Protección de Datos Personales y Hábeas Data, LPDP) y 23.661 (Creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud)²⁶¹, entre otras.

b) La interpretación de los alcances y la determinación expresa de ciertas obligaciones que resultan derivadas como consecuencia de la aplicación de los derechos de los pacientes consagrados en la Ley²⁶².

c) La obligación expresa que se impone a los sujetos obligados por la Ley a garantizar el derecho de los pacientes a la información sanitaria²⁶³.

d) La instrumentación del derecho a la información debe realizarse por escrito²⁶⁴²⁶⁵.

e) Se ubica a los profesionales médicos que ejercen su actividad de manera individual, es decir, sin relación de dependencia explícita o tácita con un establecimiento de salud, en idéntica situación de responsabilidad objetiva basada en la seguridad y la garantía a aquella prevista para los establecimientos asistenciales en lo referente a la gestión, archivo y custodia de las historias clínicas que generen y de la documentación accesoria de las mismas²⁶⁶²⁶⁷.

f) Una ampliación de la titularidad del paciente sobre la historia clínica, la cual se extiende desde la titularidad sobre el documento en sí a la titularidad sobre los datos contenidos en el mismo, atendiendo a lo normado en el

²⁶¹ Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación artículo 1º de la Ley N° 26.529. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/199296/norma.htm>

²⁶² Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación artículo 2º de la Ley N° 26.529. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/199296/norma.htm>

²⁶³ Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación artículo 3º de la Ley N° 26.529. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/199296/norma.htm>

²⁶⁴ Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación del artículo 4º de la Ley N° 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁶⁵ Ghersi, C. (2012), Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente [Versión electrónica]. Revista LA LEY 2012-D, 1162. Cita online AR/DOC/3705/2012

²⁶⁶ Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación artículo 12º de la Ley N° 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁶⁷ Conf. CNC, Sala J, en autos "C., V. L. y O. v. Obra Social del Personal de la Construcción", 2013. Magistrados: Verón – Mattered. Cita Online: AP/JUR/611/2013

texto de la ley, en su artículo 14, que expresa taxativamente “Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica”²⁶⁸ y la reglamentación de dicho artículo en el Decreto mencionado, el que reza textualmente: “Titularidad. El paciente como titular de los datos contenidos en la historia clínica”²⁶⁹²⁷⁰.

g) El agregado de datos y asientos obligatorios en el contenido de la historia clínica y de la exigencia que los mismos deben realizarse con inmediatez a su obtención, así como la legibilidad y comprensibilidad de su redacción²⁷¹.

h) La obligatoriedad de registrar las decisiones del paciente en la historia clínica en ejercicio de su autonomía de la voluntad y de su derecho de disposición, inclusive con la firma del propio paciente o –en situaciones de excepción- de sus familiares²⁷²²⁷³.

El marco regulatorio analizado precedentemente ha sido apreciado doctrinariamente en diversas formas. Más allá de las voces críticas que se han alzado respecto de ciertos aspectos específicos de su redacción y contenido, o del ámbito territorial de su aplicabilidad²⁷⁴²⁷⁵²⁷⁶²⁷⁷²⁷⁸, muchas de ellas elaboradas con anterioridad a

²⁶⁸ Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación del artículo 14º de la Ley Nº 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

²⁶⁹ Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación del artículo 14º de la Ley Nº 26.529. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/199296/norma.htm>

²⁷⁰ Molina Quiroga, E. (2013), Derecho a la información de la salud y hábeas data específico. Derechos esenciales del paciente [Versión electrónica]. LA LEY 26/08/2013, 1 - LA LEY2013-E, 609. Cita Online: AR/DOC/1398/2013

²⁷¹ Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación del artículo 15º de la Ley Nº 26.529. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/199296/norma.htm>

²⁷² Decreto nacional 1089/2012, Reglamentación del artículo 2º inc. e) de la Ley Nº 26.529. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/199296/norma.htm>

²⁷³ Ghersi, C. (2012), Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente [Versión electrónica]. Revista LA LEY 2012-D, 1162. Cita online AR/DOC/3705/2012

²⁷⁴ Aizenberg, M., Reyes, R. y otro, (2011) Los Derechos del paciente: Análisis de la Ley Nº 26.529 [Versión electrónica]

²⁷⁵ Zelaya, M. (2014), Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes [Versión electrónica]. RCyS 2013-X, 29. Cita Online: AR/DOC/3037/2014

²⁷⁶ Aizenberg, M., Roitman, A. (2010), El nuevo régimen de titularidad y guarda de la historia clínica [Versión electrónica].

²⁷⁷ Garay, O. (2010), La ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud [Versión electrónica]. DFyP 2010 (enero-febrero), 01/01/2010, 165. Cita Online: AR/DOC/4615/2009

²⁷⁸ Messina de Estrella Gutiérrez, G. (2011), Todos somos pacientes [Versión electrónica]. LA LEY 03/05/2011, 1 - LA LEY2011-C, 683. Cita Online: AR/DOC/1209/2011

la entrada en vigor del actual CCCN, la mayoría de las opiniones consultadas han puesto hincapié en la necesidad de su existencia como adaptación legislativa a la normativa consagrada constitucionalmente, así como la importancia del reconocimiento producido legislativamente respecto de los derechos de los pacientes y su fundamentación en la dignidad, autonomía de la voluntad y la autodeterminación, la consagración del derecho a la información y el marco legal otorgado a la historia clínica²⁷⁹²⁸⁰²⁸¹²⁸²²⁸³²⁸⁴²⁸⁵²⁸⁶, entre otros valores y aspectos positivos.

La norma legal analizada permite aseverar que “La sanción de esta ley permite que conductas hasta ahora regidas casi en forma exclusiva por normas éticas, adquieran carácter coercitivo” (Aizenberg y Roitman, 2009)²⁸⁷, con lo cual su incumplimiento configuraría una conducta omisiva de antijuricidad formal, con capacidad suficiente para transformarse en causa adecuada de la producción de una lesión a derechos personalísimos de raigambre constitucional. Esta lesión –en el supuesto de provocar un daño de carácter resarcible- hará nacer la obligación de reparar por parte del médico interviniente, fundada en un factor objetivo de atribución basado en la garantía, atendiendo a que la misma se cimienta en el explícito incumplimiento de una obligación de resultados y también –según el caso- en el vicio de la cosa empleada.

²⁷⁹ Molina Quiroga, E. (2013), Derecho a la información de la salud y hábeas data específico. Derechos esenciales del paciente [Versión electrónica]. LA LEY 26/08/2013, 1 - LA LEY2013-E, 609. Cita Online: AR/DOC/1398/2013

²⁸⁰ Aizenberg, M., Roitman, A. (2011), La historia clínica: su nuevo régimen jurídico a partir de la sanción de la Ley 26.529 [Versión electrónica]

²⁸¹ Garay, O., Madies, C. (2012), La reglamentación de la ley 26.529 confirma paradigmas favorables a los pacientes [Versión electrónica]. DFyP 2012 (septiembre), 01/09/2012, 180. Cita Online: AR/DOC/4358/2012

²⁸² Aizenberg, M., Bonpland, V., (2013) Ley de Derechos del Paciente, con la reforma introducida por la Ley 26.812. Aspectos referidos a la historia clínica en particular [Versión electrónica].

²⁸³ Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional [Versión electrónica]. RCyS 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

²⁸⁴ Wierzba, S. (2010), El consentimiento informado en la nueva ley sobre derechos del paciente [Versión electrónica]. DFyP 2010 (diciembre), 01/12/2010, 243. Cita Online: AR/DOC/7578/2010

²⁸⁵ Lovece, G., Weingarten, C. (2009), La ley 26.529. Un avance en el reconocimiento de los derechos personalísimos del paciente [Versión electrónica]. DFyP 2010 (enero-febrero), 01/01/2010, 184. Cita Online: AR/DOC/4515/2009

²⁸⁶ Garay, O. (2010), La ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud [Versión electrónica]. DFyP 2010 (enero-febrero), 01/01/2010, 165. Cita Online: AR/DOC/4615/2009

²⁸⁷ Aizenberg, M., Roitman, A. (2009), Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional [Versión electrónica].

Esta afirmación surge con claridad como consecuencia de que el actual marco regulatorio impone al profesional médico una serie de obligaciones de conducta cuya efectiva realización se debe concretar, entre otros aspectos, en un resultado material específico, como consecuencia una obligación de una obligación de hacer y de resultado, realización esta que se materializa en una cosa singular y con características propias definidas en el marco regulatorio, que es la historia clínica, la cual debe producirse desde el inicio de la relación médico-paciente y proseguir de manera contemporánea al desarrollo de la misma, con una independencia objetiva más o menos patente de aquellas otras obligaciones de conducta relacionadas con el conocimiento, la prudencia, la diligencia y la pericia que deben integrar y guiar el quehacer profesional médico.

En suma, tanto la omisión de confección de la historia clínica como su incompletitud, ante la existencia de un daño resarcible y con nexo adecuado de causalidad, excluirían la necesidad de efectuar el análisis de la presencia de culpabilidad del profesional médico para configurar la responsabilidad civil, ya que el marco normativo vigente determina requisitos objetivos y obligatorios cuya realización debe ser garantizada, transformándose estos en factores objetivos de atribución.

También se ha interpretado que el incumplimiento de las obligaciones surgidas del marco legal aludido podría configurar una responsabilidad objetiva y un deber de reparar de carácter preventivo, es decir, sin necesidad de la existencia de un daño²⁸⁸, e incluso que el deber de reparar pudiera surgir exclusivamente ante la existencia de un daño extrapatrimonial o moral²⁸⁹.

Corresponde, para finalizar, efectuar una observación que comparte apreciaciones similares formuladas en otros trabajos²⁹⁰: resulta llamativo que, a pesar de haber transcurrido ya 8 años desde la sanción de la Ley N° 26.529 y 5 años desde su reglamentación, no se aprecia que la generalidad de los tribunales hayan tomado en

²⁸⁸ Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional [Versión electrónica]. RCyS 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

²⁸⁹ Molina Quiroga, E. (2013), Derecho a la información de la salud y hábeas data específico. Derechos esenciales del paciente [Versión electrónica]. LA LEY 26/08/2013, 1 - LA LEY2013-E, 609. Cita Online: AR/DOC/1398/2013

²⁹⁰ Zelaya, M. (2014), Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes [Versión electrónica]. RCyS 2013-X, 29. Cita Online: AR/DOC/3037/2014

consideración en sus fallos a esta normativa vigente más que de una manera limitada, usualmente referida a aspectos como la lesión del derecho a la información, el consentimiento informado y las directivas anticipadas²⁹¹²⁹²²⁹³²⁹⁴ y continúen apegándose mayoritariamente a las argumentaciones desarrolladas históricamente por los sentenciantes previos a la existencia del presente marco jurídico, en relación con todos los aspectos concernientes a la historia clínica y su relevancia respecto de la determinación de la responsabilidad profesional médica.

Como ejemplo de lo afirmado precedentemente basta señalar que existe jurisprudencia producida desde 2012, año en el que se produjo la reglamentación analizada, que continúa considerando que la titularidad del paciente sobre la historia clínica se encuentra limitada a la información o los datos contenidos en la misma, tal como se venía sosteniendo en forma previa a la sanción de la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6) y de su Decreto reglamentario²⁹⁵.

Por último, abonando al marco jurídico nacional aplicable a la historia clínica, corresponde agregar que en 2015 se produjo la incorporación al ordenamiento jurídico local -a través de la Resolución N° 2212/2015 (Adla 2015-E, 4749) del Ministerio de Salud de la Nación- de la Resolución GMC N° 01/15 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, por la cual se aprueban los “Requisitos de Buenas Prácticas para el Funcionamiento de los Servicios de Salud”, cuyo apartado 5 está dedicado específicamente a la historia clínica y en el cual se hace expresa mención a que la propiedad de la misma corresponde al paciente y que la responsabilidad por los registros efectuados en el documento corresponde a los profesionales de la salud que prestan

²⁹¹ Conf. CNC, Sala A, en autos “G., P. v. R., E. A. R. y otros”, 2012. Magistrados: Picasso – Molteni – Li Rossi. Cita Online: AP/JUR/3339/2012

²⁹² Conf. CNC, Sala E, en autos “V., M. C. v. B., P.C. y otros”, 2012. Magistrados: Racimo – Dupuis – Calatayud. Publicado en: SJA 2013/01/16-60. Cita on line: AP/JUR/3535/2012

²⁹³ Conf. Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar Del Plata, en autos “T., R. R. s/acción declarativa”, 2012. Publicado en: RDF 2013-I-118. Cita Online: AP/JUR/1755/2012

²⁹⁴ Conf. Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, en autos “S., E. L.”. Cita Online: 70064476

²⁹⁵ Conf. CNC, Sala J, en autos “C., V. L. y O. v. Obra Social del Personal de la Construcción”, 2013. Magistrados: Verón – Mattera. Cita Online: AP/JUR/611/2013

cuidados al paciente²⁹⁶, entre otras cuestiones que refuerzan las normativas establecidas en la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6).

²⁹⁶ Resolución N° 2212/2015, Ministerios de Salud de la Nación, recuperado el 20/07/2017 desde Boletín Oficial de la República Argentina.
<https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/UEMwQkJuakxHRkUrdTVReEh2ZkU0dz09>

Capítulo VI

El daño resarcible con nexo de causalidad en la historia clínica

Efectuada la descripción, el análisis y las posibles interpretaciones del actual marco normativo aplicable a la responsabilidad civil, específicamente la relacionada con el ejercicio de la profesión médica en general y con la historia clínica en particular, corresponde ahora avanzar en el análisis de algunos de los supuestos específicos en los cuales la responsabilidad civil del profesional médico pudiera generarse como producto de un daño resarcible que tuviera como causa adecuada a la omisión y/o la ausencia de completitud de la historia clínica.

Resulta necesario precisar, en forma previa al desarrollo de los mismos, que el marco teórico de los supuestos a analizar en este trabajo tienen como característica en común que se trata de actuaciones referidas a la actividad profesional ejecutada por médicos individuales, en el contexto de una ausencia de relación de cualquier naturaleza con instituciones o establecimientos dedicados a prestar servicios de salud.

a) **Supuesto 1:** está conformado por todas aquellas situaciones en las cuales el profesional médico, por cualquier motivo –negativa expresa o tácita, omisión de confeccionarla, pérdida, extravío, destrucción, etc.- y ante una solicitud formal, no proveyera al paciente a quien brindaba sus servicios, o a los restantes legitimados por la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6), en forma oportuna, una copia o el documento original de la historia clínica.

Esta situación, frente al deseo o de la necesidad del paciente (o de quienes estuvieran habilitados a tal efecto) de efectuar una interconsulta médica, o al hecho de precisar un servicio de salud con un profesional diferente, o en una localidad distinta a su residencia habitual, o de cumplimentar con los requisitos que le permitan acceder a algún beneficio social o sanitario, o realizar un cambio de profesional médico tratante, obligaría al nuevo profesional interviniente a tener que reconstruir el historial médico previo o, inclusive, efectuar uno nuevo, según el caso; como se ha visto, acorde a la normativa vigente, en la historia clínica se incluyen obligatoriamente detalles fundamentales relacionados con los diagnósticos y tratamientos previos, así como con la evolución del estado de salud del paciente,

tales como resultados de laboratorio, estudios de diagnóstico por imágenes y su interpretación y otros tipos de prácticas; el paciente deberá someterse entonces, seguramente, a la repetición de los mismos, con la consiguiente incertidumbre y demora diagnóstica que ello conlleva y el costo dinerario que seguramente le acarrearía.

También podrían incluirse en este supuesto a aquellos casos en los cuales el paciente o los restantes sujetos legitimados por la Ley se vieran forzados, en razón del incumplimiento prestacional, a recurrir a los estados judiciales con el objeto de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación.

Se configuraría de este modo –además del expreso incumplimiento de una obligación legal determinada en la Ley especial- el incumplimiento de una obligación de hacer, interpretada como de resultado, cuyo objeto prestacional es la historia clínica, objeto sobre el cual pesa además la titularidad de un derecho de propiedad por parte del paciente y cuya guarda y depósito son responsabilidad del profesional médico. Este incumplimiento obligacional se hallaría entonces comprendido en una responsabilidad con factor objetivo de atribución basado en la garantía, según la normativa determinada en el CCCN.

En este supuesto puede identificarse una lesión al interés en el ejercicio de derechos personalísimos, como lo es el caso del derecho a la información y el derecho a la interconsulta médica, además de una lesión expresa al derecho de propiedad, todos ellos previstos expresamente en la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6); en todos los casos mencionados puede reconocerse también, sin dificultades interpretativas, un daño actual o futuro, cierto y directo o indirecto en su acepción subjetiva, con un nexo de causalidad adecuada con la omisión de entrega del objeto prestacional (la historia clínica).

Este daño produciría consecuencias inmediatas patrimoniales, fundamentalmente un daño emergente con fundamento específico en las erogaciones dinerarias que se producirían por el incumplimiento obligacional; también resulta particularmente identificable una consecuencia mediata, como lo es la expresa

pérdida de chance que se produciría respecto de la posibilidad de ejercer otros derechos, como el caso de derecho a la salud.

El daño resarcible descrito también configuraría la existencia de consecuencias extrapatrimoniales, ocasionadas fundamentalmente por la ruptura de la confianza depositada en el profesional incumplidor, atendiendo a la importancia del papel que éste asume en la relación y por las negativas consecuencias espirituales producidas en el paciente por la incertidumbre respecto de su estado de salud.

b) **Supuesto 2:** una especificación del supuesto anterior la constituirían aquellas situaciones en las que el paciente, ante la decisión de recurrir al poder jurisdiccional para obtener la reparación por un daño que considera surgido de una mala praxis profesional, pudiera hallarse limitado en sus posibilidades de poder sostener y comprobar su pretensión por ausencia de la historia clínica, considerando siempre que no hubiera habido negativa en suministrar este elemento de prueba por parte del profesional demandado sino el directo y llano incumplimiento de su obligación de confeccionarlo.

En rigor, esta omisión en particular escaparía claramente a la habitualmente considerada por los jueces como una falta de colaboración procesal y generadora de una presunción desfavorable para el profesional médico.

En este caso correspondería que el juez, al momento de sentenciar, meritara adecuadamente la responsabilidad civil surgida del incumplimiento legal y obligatorio producido por la omisión de la historia clínica, así como el daño personal, directo, cierto y actual que existiría para el actor como consecuencia de una lesión al ejercicio de su derecho de recurrir a la justicia, cuyo factor de atribución objetivo -la garantía de aportar un elemento clave para la causa como la historia clínica- es ajeno al examen que el juez pudiera efectuar respecto de la conducta profesional del accionado y sin necesidad de considerar las consecuencias procesales específicas derivadas de la omisión, siendo que la misma podría -al menos parcialmente- subsanarse por otros medios probatorios.

Este daño habilitaría la posibilidad de reclamar el resarcimiento en dos rubros principales, como consecuencias mediatas: en primer lugar, las consecuencias

patrimoniales derivadas de la pérdida de chance, en este caso debida a la pérdida de la oportunidad concreta de poder sostener adecuadamente una pretensión resarcitoria ante el poder jurisdiccional; en segundo término, las consecuencias extra patrimoniales derivadas de la modificación espiritual disvaliosa provocada por la concreta imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial favorable.

c) **Supuesto 3:** se contemplan todas aquellas situaciones en las cuales, aun existiendo formalmente la historia clínica, el profesional médico responsable consigne datos erróneos o falaces en la misma, o que -en forma inadvertida o no- omitiera incluir información relevante relacionada con el estado de salud de un paciente.

Múltiples casos específicos de daño resarcible podrían configurarse en este supuesto. En su mayoría implican lesiones respecto de idénticos derechos e intereses jurídicos relacionados con la accesibilidad a la salud y a la información a los detallados en el supuesto analizado en primer término, hasta llegar inclusive a la producción de lesiones a la integridad física y la seguridad del propio paciente y del personal relacionado con la atención de la salud, cuya causalidad adecuada puede ser conectada de manera inmediata o mediata con las omisiones o errores en la confección de la historia clínica. Piénsese, a modo de ejemplo, en aquellos casos en los que se omitiera consignar o que se informara de manera errónea sobre ciertos datos esenciales tales como el grupo sanguíneo en los casos de patologías y accidentes transfusionales, la portación de enfermedades transmisibles o de alto riesgo de contagio, los trastornos de la salud mental con capacidad de desarrollar respuestas agresivas con posibilidad de peligro para sí mismo y los demás, entre otras muchas posibilidades.

También en este supuesto, como en los analizados precedentemente, se configuraría una responsabilidad objetiva, habida cuenta que el resultado prometido por el profesional médico -la historia clínica- además de ser obligatorio requiere, a efectos de poder cumplir de manera efectiva con su propósito, de la presencia imprescindible en su contenido de una serie de atributos establecidos en la ley especial aplicable: veracidad, completitud subjetiva y objetiva, integridad, precisión,

autenticidad, entre otros. Podría considerarse incluso, en el caso del daño resarcible que involucre lesiones a la integridad física y síquica del paciente, que la responsabilidad objetiva podría fundamentarse en el vicio de la cosa empleada.

En este supuesto quedarían habilitadas para ser reclamadas las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales inmediatas y mediatas que tuvieran un nexo de causalidad objetivo con las omisiones producidas en la historia clínica, particularmente el daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de chance, así como el daño moral producido por las disvaliosas modificaciones espirituales que pudiera demostrar el accionante.

d) **Supuesto 4:** como una especialidad del supuesto precedente, en el actual se comprenden todos aquellos casos en los cuales la responsabilidad objetiva se configuraría a través de la expresa infracción a los deberes de guarda, confidencialidad y privacidad de los datos contenidos en la historia clínica.

Cabría considerar como incluidas todas aquellas situaciones en las cuales se proveyera de información, sin importar la veracidad de la misma, consignada en una historia clínica, por parte del médico responsable de su guarda y custodia, a sujetos no legitimados para obtenerla, o con una finalidad distinta a la considerada para su obtención, o que se difundiera injustificadamente tal información, considerada dentro del espectro de los llamados “datos sensibles”, configurándose así un daño resarcible por lesión expresa a los derechos a la intimidad y la confidencialidad, con consecuencias inmediatas y mediatas, tanto patrimoniales como extra patrimoniales, fundamentalmente estas últimas. En este sentido quedarían habilitadas para su reclamación todas aquellas consecuencias patrimoniales –específicamente el daño emergente- derivadas de los gastos que conllevaría la activación de los mecanismos administrativos y judiciales destinados a morigerar o eliminar las consecuencias negativas de la falta de confidencialidad y –de manera privilegiada- la reparación de las consecuencias dañosas producidas en la faz espiritual del damnificado por el quiebre de la confianza depositada en el médico, así como por la posibilidad de su estigmatización social por ser –como ejemplo- portador de alguna patología incurable o contagiosa.

El nexo de causalidad con la historia clínica sería el de una consecuencia mediata. La antijuridicidad y el factor objetivo de atribución surgirían por aplicación conjunta de la normativa específica relacionada con la historia clínica y de aquella referida a la protección de datos personales.

e) **Supuesto 5:** siguiendo la actual concepción del Derecho de Daños y con fundamento en su función preventiva, corresponde también considerar como incluidas a todas aquellas situaciones en las cuales pudiera generarse responsabilidad civil en ausencia de un daño cierto, subsistente o actual, sino solamente previsible en su aparición, con causa en una acción u omisión antijurídicas; estas situaciones tampoco precisan, de acuerdo con la normativa del CCCN, de la concurrencia de un factor de atribución.

Tanto la omisión de la confección de la historia clínica, como las omisiones en su contenido obligatorio, constituyen omisiones antijurídicas formales, con potencialidad para la producción de un daño resarcible; en consecuencia, son pasibles de una acción preventiva.

Especialmente aplicable al caso de la profesión médica resulta el contenido de este supuesto, ya que se trata de la infracción al deber general de prevención del daño, una conducta omisiva que podría considerarse como un incumplimiento de una obligación de resultado contemplada en el marco de los deberes de conducta exigibles a los profesionales de la salud y que –acorde a la normativa aplicable- está sujeta a una valoración especial de la previsibilidad de sus consecuencias.

Capítulo VII

Conclusiones

El objetivo primario de la redacción del presente trabajo fue analizar de manera exploratoria la posibilidad de la configuración de una responsabilidad civil especial de tipo objetivo aplicable en particular al ejercicio de la actividad profesional del médico considerado en forma individual, la que surgiría como consecuencia de la omisión de confección la historia clínica y de las omisiones en su contenido.

En tal sentido, y en consideración al análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial efectuado, puede concluirse que:

1) Existe, desde la entrada en vigencia en 2012 de la Ley N° 26.529 (Adla 2010-A, 6), un marco normativo específico aplicable a la obligatoriedad, titularidad y demás requisitos y responsabilidades relacionadas con la historia clínica. Asimismo, desde la entrada en vigencia en 2014 del nuevo CCCN, dicho marco normativo resulta de aplicación concurrente con la Ley N° 26.529 en todos los aspectos relativos a la responsabilidad especial que pudiera generarse en el ejercicio de las profesiones liberales, particularmente de la actividad profesional médica.

2) El marco jurídico expuesto no ha sido considerado ni aplicado de manera habitual –salvo casos excepcionales– en las sentencias de la jurisprudencia consultada.

3) Existen argumentos interpretativos y sustento normativo suficiente para afirmar la posibilidad de la aplicación de una responsabilidad civil objetiva al profesional médico individual por el incumplimiento de una obligación de resultado que integra el plan de conducta prestacional prometido y que se halla contenido en la obligación de hacer que asume en su relación con el paciente, y que consiste tanto en la omisión de confeccionar la historia clínica como en el supuesto de los errores y omisiones de su forma y contenido, siempre que pudiera comprobarse un daño resarcible como producto de esa conducta omisiva y un nexo de causalidad adecuada con entre el daño y la omisión.

4) La responsabilidad civil objetiva a la cual se hace referencia, puede ser analizada entendiendo que la misma puede configurarse también de manera conjunta con la responsabilidad subjetiva derivada del quehacer profesional del médico, pero no puede afirmarse de ello que existiría en tal supuesto una responsabilidad mixta subjetivo-objetiva.

5) No ha sido analizada ni reconocida, en la jurisprudencia consultada, la posibilidad de la configuración de un supuesto de responsabilidad civil médica con factor de atribución objetivo por la omisión de la historia clínica, considerada ésta última como una obligación de resultado dentro de la relación médico-paciente.

6) Se precisaría de un mayor análisis para poder afirmar la existencia de una responsabilidad civil objetiva del profesional médico cuando el daño se produjera como consecuencia del uso de una cosa portadora de un vicio, entendiendo como tal a la historia clínica que carezca de los atributos y del contenido obligatorio determinados por la normativa que la regula.

7) No puede afirmarse, en base al análisis efectuado, que existan fundamentos suficientes para asimilar la omisión de la confección de la historia clínica al incumplimiento de una obligación de dar, ni la posibilidad de una modificación del contrato de servicios hacia un contrato de obra en idéntico supuesto, aun cuando existen ciertos cuestionamientos doctrinarios relacionados con aspectos controvertidos como la titularidad del paciente sobre la historia clínica y el deber de guardián y custodio por parte del médico sobre la misma, que se halla encuadrado en la figura legal del depósito necesario.

8) Corresponde analizar con mayor profundidad la posibilidad de la aplicación de una responsabilidad civil de carácter preventivo, es decir, en ausencia de daño resarcible y de factor de atribución, en aquellas actividades profesionales en las cuales se halla particularmente en riesgo el ejercicio de derechos personalísimos, como es el caso del derecho a la salud.

Referencias Bibliográficas

a) Literatura general

Argente, Horacio A., (2008) *Semiología Médica: Fisiopatología, Semiotecnia y Propedéutica: Enseñanza basada en el paciente* / Horacio A. Argente y Marcelo E. Álvarez, (3ª reimp.). Buenos Aires: Médica Panamericana

Arias, Jaime y otros, (2004), *Propedéutica Quirúrgica: preoperatorio, operatorio, postoperatorio*. Madrid: Editorial Tébar S.L.

Asociación Argentina de Cirugía, (2008) *Manual de Ética y Deontología del Cirujano* [Versión electrónica]. Recuperado el 15/06/2017 desde http://www.aac.org.ar/imagenes/comisiones/etica/manual_de_etica.pdf

Asociación Médica Argentina, (2012), *Código de Ética Para El Equipo De Salud: con la colaboración de la Sociedad de Ética en Medicina*, 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación Médica Argentina [Versión electrónica]. Disponible en https://www.ama-med.org.ar/page/Codigo_de_Etica-2da_Edicion

Confederación Médica de la República Argentina, *Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (COMRA)*, [Versión electrónica] recuperado el 28/03/2017 del sitio <http://www.comra.org.ar/institucional/codigo-de-etica>

Diccionario médico [Versión electrónica]. Disponible en <http://www.diccionariomedico.net/diccionario-terminos/7772-historia-clinica>

b) Normativa nacional

Constitución de la Nación Argentina, texto oficial, publicado por Ley nacional N° 24.430, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1089/2012. Publicado en: Boletín Oficial 06/07/2012 - Adla 2012 - D, 3457. Cita Online: AR/LEGI/73JG

Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 6216/1967, Publicado en: Boletín Oficial 08/09/1967 - Adla 1967 - B, 1862. Cita Online: AR/LEGI/3V3K

Disposición 6677/2010, Régimen de Buena Práctica Clínica para Estudios de Farmacología Clínica, Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT). Publicado en: Boletín Oficial 05/11/2010. Cita Online: AR/LEGI/1AGJ

Ley Nacional N° 17.132, Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración, 24/01/1967. Publicado en: Boletín Oficial 31/01/1967 - Adla 1967 - A, 44. Cita Online: AR/LEGI/3JLT. Denominación según DJA: LEY P-0659

Ley nacional N° 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Publicado en: Boletín Oficial 20/11/2009 - Adla 2010-A, 6. Cita Online: AR/LEGI/5R9V. Denominación según DJA: LEY ASA-3133

Ley nacional N° 26.742, Modificación de la Ley nacional N° 26.529, Publicado en: Boletín Oficial 24/05/2012 - Adla 2012-C, 2432. Cita Online: AR/LEGI/7275

Ley nacional N° 26.812, Sustitución del art. 15 de la ley 26.529. Publicado en: Boletín Oficial 21/01/2013 - Adla 2013-A, 54. Cita Online: AR/LEGI/7BPX

Ley nacional N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación, Publicado en: Boletín Oficial 08/10/2014 - Adla 2014-E, 3554. Cita Online: AR/LEGI/80Y3

Resolución N° 2212/2015, Ministerio de Salud de la Nación, Requisitos de Buenas Prácticas para el Funcionamiento de los Servicios de Salud – Incorporación al ordenamiento jurídico nacional de la res. 1/2015 (G.M.C.). Publicado en: Boletín Oficial 09/12/2015 - Adla 2015-E, 4749. Cita Online: AR/LEGI/8L7V

c) **Doctrina**

c.1- Literatura jurídica

Alterini, A., Ameal, O., López Cabana, R., (1996); *Derecho de obligaciones*, Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot

Bustamante Alsina, J. (1997), *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, (Novena Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot

Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M., (2015); *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus

Llambías, J., Raffo Benegas, P., Sassot, R., (1997), *Manual de Derecho Civil Obligaciones*, (Undécima Edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot

Lorenzetti, R. (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni

Pizarro, R., Vallespinos, C. (1999), *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, [Reimpresión]. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.

Rueda, A. (2016), *Nociones básicas sobre responsabilidad médica: actualizado con el Código Civil y Comercial de la Nación y otras normas introducidas por la constitucionalización del derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD

Wierzba, S. (2015), *Manual de Obligaciones civiles y comerciales según el nuevo CCCN*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot

c.2- Revistas y publicaciones especializadas

Aizenberg, M., Bonpland, V., (2013) Ley de Derechos del Paciente, con la reforma introducida por la Ley 26.812. Aspectos referidos a la historia clínica en particular [Versión electrónica]. Cita Online: AP/DOC/567/2013

Aizenberg, M., Reyes, R. y otro, (2011) Los Derechos del paciente: Análisis de la Ley N° 26.529 [Versión electrónica], recuperado el 15/06/2017 desde

http://www.cedi.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=324:derechos-de-los-pacientes-ley-26529&c

Aizenberg, M., Roitman, A. (2009), Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional [*Versión electrónica*]. *LA LEY2010-A*, 826. Cita Online: AR/DOC/4541/2009

Aizenberg, M., Roitman, A. (2010), El nuevo régimen de titularidad y guarda de la historia clínica [*Versión electrónica*]. *Suplemento de Familia y Persona, Revista La Ley, 2010 (mayo)*, 190. Cita on line: AR/DOC/2163/2010

Aizenberg, M., Roitman, A. (2011), La historia clínica: su nuevo régimen jurídico a partir de la sanción de la Ley 26.529 [*Versión electrónica*]. *Microjuris.com* Cita on line: MJ-DOC-5399-AR | MJD5399

Bueres, A. (2013), Responsabilidad contractual objetiva [*Versión electrónica*]. *RCyS2013-XI*, 257. Cita online AR/DOC/3915/2013

Calvo Costa, C. (2004), Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones "hominis" en materia probatoria [*Versión electrónica*]. *RCyS2004*, 387. Cita Online: AR/DOC/1082/2004

Calvo Costa, C. (2015), La culpa médica en el Código Civil y Comercial [*Versión electrónica*]. *LA LEY2015-F*, 632 – Cita online AR/DOC/3755/2015

Calvo Costa, C. (2015), La responsabilidad civil médica ante el nuevo Código Civil y Comercial [*Versión electrónica*]. *RCyS2015-II*, Tapa. Cita Online: AR/DOC/126/2015

Calvo Costa, C. (2016), La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba [*Versión electrónica*]. *RCyS2016-XII*, 5. Cita Online: AR/DOC/3463/2016

Canelo, C. (2014), La responsabilidad objetiva y la presunción de causalidad en los daños ocasionados por transfusiones de sangre en los centros asistenciales. [*Versión electrónica*]. *DJ08/10/2014*, 18. Cita Online: AR/DOC/2700/2014

Colla, J. (2014), Historia clínica [*Versión electrónica*]. *Revista Derecho Privado, Año III*, N° 9 pág. 45. Cita on line Id SAJJ: DACF150064

De la Vega, E. (1993), La historia clínica: el ABC del acto médico [*Versión electrónica*]. *Revista del Colegio Médico de Rosario, n° 45, mayo de 1993*. Cita online Id SAJJ: DACF150064

Fumarola, L. (2015), Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial [*Versión electrónica*]. *RCyS2015-IV*, 211. Cita Online: AR/DOC/934/2015

Garay, O. (2010), La ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud [*Versión electrónica*]. *DFyP 2010 (enero-febrero)*, 01/01/2010, 165. Cita Online: AR/DOC/4615/2009

Garay, O. (2013), El Derecho a la Salud y la Legislación Sanitaria [*Versión electrónica*]. *LA LEY*2013-B, 731. Cita online: AR/DOC/749/2013

Garay, O., Madies, C. (2012), La reglamentación de la ley 26.529 confirma paradigmas favorables a los pacientes [*Versión electrónica*]. *DFyP* 2012 (septiembre), 01/09/2012, 180. Cita Online: AR/DOC/4358/2012

Gherzi, C. (2012), Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente [*Versión electrónica*]. *Revista LA LEY* 2012-D, 1162. Cita online AR/DOC/3705/2012

Gherzi, C., Gherzi, S. (2004), Historia clínica falsa [*Versión electrónica*]. *RCyS* 2004, 242. Cita on line AR/DOC/2378/2004

López Dallara, M.,(2001), Historia clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica, [*Versión electrónica*], Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires) recuperado el 15/05/2017 desde <http://docplayer.es/8001668-Historia-clinica-como-prueba-del-consentimiento-informado-y-la-responsabilidad-medica.html>

Lorenzetti, R. (2009), Notas para una teoría de las obligaciones de hacer [*Versión electrónica*] *LA LEY*1991-C, 878 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo III*, 01/01/2009, 261

Lovece, G. (2012), El oblitio quirúrgico y la responsabilidad profesional. [*Versión electrónica*]. *APBA* 2012-10-1141 Cita Online: AP/DOC/4215/2012

Lovece, G. (2014), El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional [*Versión electrónica*]. *RCyS* 2014-VIII, 61. Cita Online: AR/DOC/2324/2014

Lovece, G., Los métodos de diagnóstico riesgosos. Información, seguridad del paciente y autonomía del daño a la salud, 2014 [*Versión electrónica*]. *LA LEY* 29/10/2014, 8 - *LA LEY*2014-F, 103. Cita Online: AR/DOC/3241/2014

Lovece, G., Weingarten, C. (2009), La ley 26.529. Un avance en el reconocimiento de los derechos personalísimos del paciente [*Versión electrónica*]. *DFyP* 2010 (enero-febrero), 01/01/2010, 184. Cita Online: AR/DOC/4515/2009

Martínez, J. (2016), La responsabilidad civil de los profesionales liberales [*Versión electrónica*]. *RCCyC* 2016 (marzo), 07/03/2016, 123 - *RCyS*2016-VIII, 37, Cita online AR/DOC/575/2016

Messina de Estrella Gutiérrez, G. (2011), Todos somos pacientes [*Versión electrónica*]. *LA LEY* 03/05/2011, 1 - *LA LEY*2011-C, 683. Cita Online: AR/DOC/1209/2011

Molina Quiroga, E. (2013), Derecho a la información de la salud y hábeas data específico. Derechos esenciales del paciente [*Versión electrónica*]. *LA LEY* 26/08/2013, 1 - *LA LEY*2013-E, 609. Cita Online: AR/DOC/1398/2013

Ossola, F. (2016), Responsabilidad por incumplimiento obligacional en el nuevo Código. Las bases de la teoría general [*Versión electrónica*].*RCyS*2016-IX, 5, Cita online AR/DOC/2239/2016

Sánchez, O. (1994), Proyección de la historia clínica, [Versión electrónica] *REVISTA ZEUS* Nro. 4967, 2. Recuperado el 15/05/2017 desde http://www.saj.gob.ar/doctrina/dasa960018-sanchez-proyeccion_historia_clinica.htm%3Bjsessionid=9ozgzbr5lnmlt4yvqfgms8wn?0&bsrc=ci

Vázquez Ferreyra, R. (2015), La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código [Versión electrónica]. *LA LEY 06/04/2015, 1 - LA LEY2015-B*, 834, 146. Cita online AR/DOC/817/2015

Vázquez Ferreyra, R. (2016), Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. *LA LEY 15/06/2016, 1 - LA LEY2016-C*, 1238. Cita online AR/DOC/1664/2016

Vázquez Ferreyra, R. (1996), La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVII, 1996, pág. 389. Recuperado el 15/05/2017 desde <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/349/325>

Vázquez Ferreyra, R. (1998), Importancia de la historia clínica en la responsabilidad civil médica. Actitud a asumir por parte de un médico demandado por mala praxis [Versión electrónica]. *LA LEY 1998-C*, 34. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 665. Cita online AR/DOC/8816/2001

Vázquez Ferreyra, R. (2015), Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código [Versión electrónica]. *LA LEY 14/10/2015, 1 - LA LEY2015-E*, 1155. Cita online: AR/DOC/3475/2015

Vázquez Ferreyra, R., La responsabilidad civil de los médicos, [Versión electrónica], recuperada el 15/07/2017 de <http://www.sideme.org/doctrina/>

Vázquez Ferreyra, R. (2015), Las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. *RCCyC 2015* (octubre), 19/10/2015, 146. Cita online AR/DOC/3080/2015

Viale, R. (2015), Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [Versión electrónica]. *LLLitoral 2015* (octubre), 19/10/2015, 942 - *DFyP 2015* (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita online AR/DOC/2914/2015

Wierzba, S. (2010), El consentimiento informado en la nueva ley sobre derechos del paciente [Versión electrónica]. *DFyP 2010* (diciembre), 01/12/2010, 243. Cita Online: AR/DOC/7578/2010

Wierzba, S. (2015), La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial [Versión electrónica]. *RCyS 2015-IX*, 5. Cita Online: AR/DOC/2759/2015

Zelaya, M. (2014), Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes [Versión electrónica]. *RCyS 2013-X*, 29. Cita Online: AR/DOC/3037/2014

d) Jurisprudencia

C1aCivComMinasPazyTribSanRafael, 2014, en autos “E., G. A. por sí y en rep. de sus hijos menores c. B., A. y/o Gob. de la Pcia. de Mendoza s/ ordinario” [Versión

electrónica]. *LLGran Cuyo*2014 (julio), 666 - *RCyS 2014-IX*, 80. Cita Online: AR/JUR/9387/2014

C5aCivComMinasPazyTribMendoza, 2010, en autos “Brizuela Francisco Orlando y otros c/ Hospital Dr. H. Notti” [*Versión electrónica*], *LLGran Cuyo* 2010 (septiembre), 796. Cita Online: AR/JUR/16403/2010

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala Tercera, 2015, en autos “B. M. C. C/ S. N. M. s/ daños y perjuicios”. Magistrados: Chaumet – Cúneo – Peyrano [*Versión electrónica*]. *Microjuris.com*. Cita on line: MJ-JU-M-93372-AR | MJJ93372 | MJJ93372

CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, en autos “G. G. E. c. GCBA”, [*Versión electrónica*]. *Microjuris.com*, cita online MJ-JU-M-104285-AR. Recuperado el 16/06/2017 de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/06/15/el-hospital-y-doctores-demandados-resultan-responsables-por-el-fallecimiento-de-la-esposa-del-actor-y-su-hijo-por-nacer-debido-a-la-deficiente-atencion-medica-recibida-que-impidio-obtener-un-diagnosti/>

CCivComMineriaBariloche, 2011, en autos “Muñoz, Eliana del Carmen c. Rebagliati, Raúl A. y otros” [*Versión electrónica*]. *La Ley Online*. Cita Online: AR/JUR/16205/2011

CCivComResistencia, Sala IV, 2016, en autos “S., M. L.; S., J. L.; S., N. A. y S., G. A. c. Sanatorio Chaco S.R.L. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” [*Versión electrónica*]. *RCyS 2016-X*, 172. Cita Online: AR/JUR/11291/2016

CNCIV, Sala A, 1997, en autos "FERREYRA, Odilia Elvecia y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario s/ Daños Y Perjuicios" [*Versión electrónica*]. Cita on line SAIJ: FA97020257

CNCIV, Sala A, en autos “A., N. A. v. B., A. y otros”, 2012. Magistrados: Picasso – Molteni – Li Rossi [*Versión electrónica*]. *SJA 2013/01/02-58*. Cita Online: AP/JUR/3264/2012

CNCIV, Sala A, en autos “G., P. v. R., E. A. R. y otros”, 2012. Magistrados: Picasso – Molteni – Li Rossi. [*Versión electrónica*] Cita Online: AP/JUR/3339/2012

CNCIV, Sala C, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, en autos” González, Roberto Oscar c/ F.L.E.N.I. s/ Daños y Perjuicios“, Magistrados: Cortelezzi, Díaz Solimine, Álvarez Juliá [*Versión electrónica*]. *JA 2007-III* , 486 Cita online: AR/JUR/2597/2007

CNCIV, Sala E, en autos “V., M. C. v. B., P.C. y otros”, 2012. Magistrados: Racimo – Dupuis – Calatayud [*Versión electrónica*]. *SJA 2013/01/16-60*. Cita on line: AP/JUR/3535/2012

CNCIV, Sala F, 2015, en autos “M., J. G. y Otro c/ Galeno Argentina S.A. y Otro” Magistrados: Galmarini, Zannoni, Posse Saguier. [*Versión electrónica*] *LA LEY 2015-D*, 383. Cita Online: AR/JUR/20149/2015

CNCIV, Sala G, en autos “Chertkov, Berta E. v. C.O.M.I. Coop. Ltda. de Servicios de Salud y Otros”, 2012. Magistrados: Areán – Carranza Casares – Bellucci [Versión electrónica]. Cita Online: AP/JUR/3835/2012

CNCIV, Sala H, 2004, en autos "Borgatti, Silvano c. Instituto Dupuytren y otros". Magistrados: Giardulli – Kiper. [Versión electrónica] RCyS 2004, 1293. Cita on line: AR/JUR/3408/2004

CNCIV, Sala J, en autos “C., V. L. y O. v. Obra Social del Personal de la Construcción”, 2013. Magistrados: Verón – Mattera [Versión electrónica]. Cita Online: AP/JUR/611/2013

CNCIV, Sala J, en autos “C., V. L. y O. v. Obra Social del Personal de la Construcción”, 2013. Magistrados: Verón – Mattera [Versión electrónica]. Cita Online: AP/JUR/611/2013

CNCIV, Sala K, 2008, en autos “Ferro, José Pedro c/ Gobierno de la Ciudad De Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios” Magistrados: DÍAZ, HERNÁNDEZ, AMEAL. Nro. Exp.: K090241. [Versión electrónica]

CNCIV, Sala M, 2009, en autos “Choque, Juan Hipólito c/ Clínica Mariano Moreno SA y otros” [Versión electrónica]. RCyS 2010-VII, 189. Cita Online: AR/JUR/63380/2009

CNCIV, Sala M, 2010, en autos “Soba, Miguel Angel Dalindo y otros c. G. P., V. y otros”, [Versión electrónica] RCyS 2011-III, 165. Cita Online: AR/JUR/71054/2010

CNCIV, Sala M, en autos “Choque, Juan Hipólito c. Clínica Mariano Moreno SA y otros”, 2009 [Versión electrónica]. RCyS 2010-VII, 189. Cita Online: AR/JUR/63380/2009

CNCOM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, en autos “Rodríguez, Carmen Teresa Y Otro c/ Casares, Enrique Alberto Y Otros/ S/ Ordinario”, Magistrados: Uzal – Kölliker – Frers. [Versión electrónica] Cita on line Id SAIJ: SUN0018319

CNCOM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala B, en autos “Ramos, Sonia c/ Sanatorio Mitre s/ Ordinario”, 1998, Magistrados: Butty - Diaz Cordero [Versión electrónica]. Cita on line: Id SAIJ: FA98130291

CNCOM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala C, 2008, en autos “Carrizo, María c/ Chavin, Julio s/ Ordinario”, Magistrados: Monti - Ojea Quintana - Caviglione Fraga [Versión electrónica]. JA 2008-II , 616. Cita online: AR/JUR/26927/2008

CNCOM, Sala C, 2012, en autos “Instituto Cardiovascular Infantil SA c/ Staff Medico SA S/ Ordinario”, Magistrados: Garibotto - Villanueva – Machin. [Versión electrónica] Cita online: AP/JUR/1540/2012

CNFedCivyCom, Sala I, 2014, en autos “A. P. C. c/ Unión Personal Civil de la Nación y otro s/ Daños y Perjuicios”. Magistrados: Guarinoni – De las Carreras – Najurieta. [Versión electrónica] *Microjuris.com*. Cita on line: MJ-JU-M-88391-AR | MJJ88391 | MJJ88391

CNFedCivyCom, Sala I, en autos “S., A. J. y otro c. Estado nacional y otro”, 1998. Magistrados: Pérez Delgado – Farrell [*Versión electrónica*]. *DJ* 1998-3, 537. Cita Online: AR/JUR/2903/1998

CNFedCivyCom, Sala II, en autos “Riquelme, Manuel Ricardo y otro c. Unión Obrera Metalúrgica de La Rep. Argentina y otros s/incumplimiento de prestación de obra social”, 2011 [*Versión electrónica*]. *RCyS* 2011-XII, 131. Cita Online: AR/JUR/45484/2011

CSJN, "Santa Coloma v. FF.AA.", 1986. Fallos 308:1160 [*Versión electrónica*].

CSJN, “O’Mill, Alan c/Prov. del Neuquén, 1991, Fallos: 314:1505 [*Versión electrónica*]. Cita online: 04_314v2t081

CSJN, 1999, en autos “Rozenblat, Alberto c/ Porcella, Hugo y otros”, Magistrados: Mayoría: Nazareno, Belluscio, Petracchi, Bossert, López. Disidencia: Fayt, Vázquez. Abstención: Boggiano. Fallos 322:726 [*Versión electrónica*]. *JA* 1999-IV-581 y *RCyS* 2000, 498. Cita Online: AR/JUR/131/1999

CSJN, 2001, en autos “P., S. R. y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros”. Fallos 324:2689 [*Versión electrónica*]. *LA LEY* 2002-A, 731. Cita Online: AR/JUR/2699/2001

CSJN, 2002, en autos “Tesone de Bozzone, Marta P. y otro c. K., G. y otros”. Fallos 325:356 [*Versión electrónica*]. *RCyS* 2002, 1007. Cita Online: AR/JUR/4271/2002

CSJN, en autos “Moya de Murúa, Julia Victoria v. Goldstein, Carlos Alberto y otros”, 1992, Fallos 315:2397 [*Versión electrónica*]. Cita Online: 04_315V3T029

CSJN, en autos “Rozenblat, Alberto c/ Porcella, Hugo y otros”, 1999. Magistrados: Mayoría: Nazareno, Belluscio, Petracchi, Bossert, López. Disidencia: Fayt, Vázquez. Abstención: Boggiano [*Versión electrónica*]. Cita on line FA99000122

Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, en autos “S., E. L.” [*Versión electrónica*]. *SJA* 27/10/2010. Cita Online: 20100735

Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar Del Plata, en autos “T., R. R. s/acción declarativa”, 2012 [*Versión electrónica*]. *RDF* 2013-I-118. Cita Online: AP/JUR/1755/2012

SCJBA, 2014, en autos “B., M. N. c. Municipalidad de Malvinas Argentinas y otro, s/ daños y perjuicios”, Causa C.111.009. [*Versión electrónica*] *LLBA* 2014 (junio), 527. Cita Online: AR/JUR/7934/2014

e) **Sitios de Internet**

<http://ar.microjuris.com/>, Microjuris.com

<http://observatoriodelasalud.blogspot.com.ar/>, Observatorio de la Salud de la Universidad de Buenos Aires

<http://www.aac.org.ar>, Asociación Argentina de Cirugía

<http://www.comra.org.ar>, Confederación Médica de la República Argentina

<http://www.diccionariomedico.net>, Diccionario Médico

<http://www.infoleg.gob.ar/>, Información Legislativa y Documental, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

<http://www.saij.gob.ar/>, Sistema Argentino de Información Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

<http://www.sideme.org/>, Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico

<https://dialnet.unirioja.es/>, Fundación Dialnet

<https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/>, Buscador biblioteca digital de la Revista “La Ley” – Thomson Reuters

<https://www.ama-med.org.ar/>, Asociación Médica Argentina

<https://www.boletinofticial.gob.ar/>, Boletín Oficial de la República Argentina

Abreviaturas y Acrónimos

Adla: Anales de legislación argentina

art.: artículo

Cap.: Capítulo

CCAyT: Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación

ccdtes.: concordantes

CN: Constitución de la Nación Argentina

CNCCom.Fed: Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial

CNCIV: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

CNCOM: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

CNFedCivyCom: Cámara Nacional Federal Civil y Comercial

Conf.: conforme

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

DJA: Digesto Jurídico Argentino – Ley N° 26.939

LDP: Ley nacional N° 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud

p. (pp.): página

SCJBA: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

sstes.: subsiguientes

T: tomo

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	PINCHETTI, Rolando Francisco Alejandro
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	14.662.694
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA La omisión de confección y la historia clínica incompleta como factores de atribución objetivos
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	rolandopinchetti@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21 Facultad de Abogacía

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Corrientes, 09 de octubre de 2017

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.